

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID
FACULTAD DE DERECHO
Departamento de Derecho Internacional Privado



TESIS DOCTORAL

Acercamiento al derecho laboral internacional

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR
PRESENTADA POR

Javier Zamora Cabot

DIRECTOR:

Mariano Aguilar Navarro

Madrid, 2015

Francisco Javier Zamora Cabot

TP
1980
115



* 5 3 0 9 8 5 4 9 3 4 *

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE

X-53-377501-6

ACERCAMIENTO AL DERECHO LABORAL INTERNACIONAL

Departamento de Derecho Internacional Privado
Facultad de Derecho
Universidad Complutense de Madrid
1980



BIBLIOTECA

© Francisco Javier Zamora Cabot
Edita e imprime la Editorial de la Universidad
Complutense de Madrid. Servicio de Reprografía
Noviciado, 3 Madrid-8
Madrid, 1980
Xerox 9200 XB 480
Depósito Legal:M-25381-1980

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

Facultad de Derecho

"ACERCAMIENTO AL DERECHO LABORAL INTERNACIONAL"

Fco.Javier ZAMORA CABOT

Diciembre 1978

Tesis que presenta para la obtención
del grado de doctor el licenciado --
Fco. Javier Zamora Cabot.

Director:

Dr.D. MARIANO AGUILAR NAVARRO
Catedrático

A Mariano Aguilar Navarro.

PRINCIPALES ABREVIATURAS.

- AJCL.- American Journal of Comparative Law.
BYBIL.- British Yearbook of Int. Law.
CMLR.- Common Market Law Review.
DI .- Diritto Internazionale.
ICLQ.- International and Comparative Law Quarterly.
J. Clunet.- Journal de Droit International.
NILR.- Netherlands Int. Law Review.
Rec. des Cours.- Recueil des Cours de l'Academie de la
Haye de D. International.
Rep. Dalloz.- Encyclopedie Dalloz. Repertoire de Droit
Intern. Privé.
REDI.- Revista Española de D. Internacional.
R.C.- Revue Critique de Droit Int. Privé.
RDI .- Rivista di Diritto Internazionale.
RDIPP.- Rivista di Diritto Internazionale Privato e Pro
cessuale.
RTDE.- Revue trimestrielle de Droit Europeen.
TCFDIP.-Travaux du Comité Français de D.I.P.

<u>SUMARIO</u>	pág.
<u>INTRODUCCION</u>	I
<u>PARTE I. GENERAL.</u>	
<u>CAPITULO I: CONSIDERACIONES DE BASE</u>	3
Sección I: Favor laboris	5
Sección II: Correctivos funcionales	25
Sección III: Problemática del D. Público	59
<u>CAPITULO II: COMPLEJO NORMATIVO</u>	95
Sección I: Constitución	97
Sección II: Norma de conflicto	111
Sección III: Norma de aplicación necesaria	124
Sección IV: Convenios colectivos	149
<u>PARTE II. EL CONTRATO DE TRABAJO INTERNACIONAL.</u>	
<u>CAPITULO I: CONCLUSION</u>	161
Sección I: Capacidad	163
Sección II: Forma	176
Sección III: Favor negotii	184
<u>CAPITULO II: LEY APLICABLE AL FONDO</u>	193
Sección I: Tensión autonomía - ley l. ejecución	195
Sección II: Otras conexiones	228
Sección III: Mantenimiento de la Teoría General	244
<u>CAPITULO III: DINAMICA DE LA TESIS PROPUESTA</u>	276
Sección I: Ambito de la ley aplicable	278
Sección II: Areas de interés	320
<u>CONCLUSIONES</u>	324
<u>ANEXOS</u>	375
<u>BIBLIOGRAFIA</u>	384

INTRODUCCION

Como la mayoría de las materias a caballo entre otras ya consagradas, el D.L.I. se ve afectado - por la propia peculiaridad de su objeto. La falta de - colaboración interdisciplinaria, que esa y no otra es, fundamentalmente, la base del problema, se puede explicar aquí, sin embargo, mas facilmente que en otros casos. Por una parte, los laboristas parecen reacios a aventurarse en lo que Mann califica de "somewhat esoteric field of conflict of laws"; los privatistas, por - otra, no lo son menos ante un Derecho como el Laboral, que se muestra tan complejo y cambiante. Todo ello resulta en que haya que lamentar una clara inadecuación, un desarrollo poco parejo, entre el D.L.I. y la realidad que regula.

Desde otro plano, y aún asumiendo su estado de formación, el D.L.I. ostenta para la doctrina -- privatista una entidad suficiente como para convertirse en palenque favorito de dos tendencias tan significativas como la particularista y la universalista. Lo anterior es fácilmente comprobable, por ejemplo, en la polémica autonomía de voluntad-ley territorial. Cabe - preguntarse, sin embargo, si a esta tensión, producto tal vez de concepciones vitales diversas, sea posible, al menos en este marco una alternativa. A ello se aplica el estudio que sigue.

Aparte de las muchas limitaciones de su autor, este trabajo ha de trazarse -su título lo indica- unas propias. No se tratarán, pues, materias como la procesal y de extranjería, sin que ello signifique, en modo alguno, minimizar su importancia. Idéntica será, además, la actitud hacia materias que como el D. - de Emigración, Seguridad Social ... etc, parecen adoptar en D. Laboral una vocación "centrífuga". El Contrato de Trabajo, tema básico aquí tratado, sugiere al -- punto una razonable amplitud.

De "penombre intervallaire" habla el Prof. Francescakis al respecto del D.L.I. Cabe la posibilidad, y en ello se cifran las esperanzas de este trabajo, de que sólo se requiera una modesta iluminación para que aquella de paso a un panorama menos árido del - que, en principio, cupiera esperar.

P A R T E I

G E N E R A L

Los dos capítulos que constituyen esta --
"Parte General" se dirigen, ciertamente desde ópticas
distintas, al mismo resultado: proveer una base mínima
a partir de la cual quepan indagaciones sobre el ámbi-
to del D.L.I. y, especialmente, del Contrato de Traba-
jo.

Independientemente de su extensión, el --
carácter que se ha pretendido para este primer núcleo
es, a no dudar, introductorio; diferente es que, por --
la propia fuerza de las cosas, adquiera de modo even-
tual una marcada sustancialidad propia.

C A P I T U L O I

CONSIDERACIONES DE BASE.

Se trata en este capítulo de hacer acopio de una serie de guías que ayuden a ir formando el entramado de este trabajo. Su entronque con la Teoría General del D.I.P., es, a todas luces, evidente. Asumiéndola, se cotejan algunas de sus áreas claves con la problemática laboral internacional. En una materia de la complejidad de ésta, una labor previa de fijación de conceptos básicos parece imprescindible.

F.
10

SECCION I. EL FAVOR LABORIS COMO PRINCIPIO GENERAL DEL
D.L.I.

Una primera decisión se impone, en estas líneas previas, con respecto al "favor laboris", propuesto aquí como principio específico del D.L.I.: ¿Se intentará su definición autónoma o, más bien, procede un enfoque funcional?... Habida cuenta que es pretensión primaria en este trabajo trazar, del modo más claro posible, la problemática actual de aquél Derecho, - asumiendo correlativamente como base la Teoría General del D.I.P., parece oportuno huir de formulaciones apriorísticas, de dudoso valor en cualquier caso, en --pro de un intento de construcción de índole inductiva. casi obligado cuando de erigir una categoría nueva se trata. En esa certeza, pues, cabe considerar ahora la autorizada opinión del profesor belga Van Hecke cuando, resumiendo en su Curso General de la Academia de - la Haya la función de los Principios Generales dice:

"Le role de ces principes est double. D'une part ils expliquent et systematisent les regles existantes. Mais d'autre part ils ont aussi un role - createur. Non seulement ils sont utiles a l'interpretation des regles existantes mais aussi, et surtout, - ils permettent de trouver des solutions et des regles

nouvelles" (1).

Emplazando para más adelante (Complejo Normativo) el estudio del primer término propuesto por V. Hecke, obra ahora reflexionar sobre la función creadora del favor laboris. Sin perder de vista su eventual actuación con respecto a las nuevas reglas (2), hay -- que decantarse aquí por el aspecto de solución en contra del interpretativo. En efecto: cada vez se contesta más por la doctrina laboral el alcance que los tribunales han venido dando al principio "pro operario", -- expresión del "favor" a estos efectos. Se traen a colación, al respecto, no sólo ya los posibles abusos y -- desviaciones que resultan en la práctica, sino, principalmente, el que el juez, en perjuicio del legislador, se irrogue el ejercicio de la protección al asalariado (3). Conviene, pues, abandonar la formulación en términos internacionales de lo que aparece falta de consenso a nivel interno. Y ello, además, porque no se da aquí diferencia sustancial entre ambos órdenes.

El "favor" como principio de solución se estudiará en sus aspectos doctrinario y jurisprudencial, dualidad con la que, por otra parte, se articula la trama de este trabajo. Al mor de ello se intentarán

(1) V. Hecke, Principes et Methodes de solution des conflits de Lois, en Rec. des Cours, 1969, I, 126, p 431.

(2) V. La de Competencia propuesta en II Parte, Cap. - II, Secc. III, ap. III.

extraer unas conclusiones, teniendo en cuenta, sin embargo, que sólo se trata de una primera aproximación a lo que, necesariamente, debe deducirse de toda la visión que aquí se propone del D.L.I.

No queda más que comenzar esta andadura, para la que fuera bueno, además, pertrecharse con las palabras de D. Federico de Castro:

"Políticamente, las tendencias favorables y las contrarias a la admisión de los principios generales como fuente del Derecho son muy heterogéneas, -- coincidiendo en una y otra forma las de características más opuestas. Absolutistas, positivistas, legalistas, conservadores, recelan de los principios temiendo que sean causa de inseguridad jurídica, arbitrariedad en el enjuiciar y debilitación del Estado. Tradicionalistas, iusnaturalistas, socializantes, revolucionarios de toda laya, por el contrario, piensan que reflejan el espíritu del pueblo, anclan el ordenamiento en el Derecho Natural, dan flexibilidad a las disposiciones para adaptarlas a las circunstancias cambiantes, y las utilizan para abrir paso a sus convicciones frente al orden establecido" (4).

(3) V., por todos, Bayon Chacon y Perez Botija: Manual de Derecho del Trabajo (11 edición), Marcial Pons, 1977, V. I, p 158 y ss.

(4) V. Federico de Castro y Bravo: Compendio de Derecho Civil. Introducción y Derecho de la persona, 5ª ed., Madrid, 1970, p 96.

APARTADO UNICO

Intimamente ligada con la polémica sobre la ley aplicable al fondo del contrato de trabajo aparece la primera toma de posición doctrinal que se ofrece aquí sobre el favor laboris y su influencia en las relaciones laborales internacionales. En efecto: para muchos autores, sobre los que se dará cumplida cuenta más adelante (5), el favor laboris, y específicamente su faceta como "norma más favorable". constituye el -- presupuesto básico, sino único, en orden a mantener el principio de autonomía en el contrato laboral internacional. El razonamiento podría ser éste: habida cuenta la lógica hegemonía del lugar de ejecución con respecto al propio trabajo y, por ende, el contrato, sería -- conveniente, sin embargo, admitir el juego de la autonomía en tanto que de él se pudieran extraer normas -- más beneficiosas al asalariado. El favor, pues, otorga esta vigencia residual a la autonomía de voluntad.

La primera calificación que, tal vez, se pueda acordar a la tesis de que se trata, es la de ser un mero expediente, no el único, en doctrina del D.L.I., por cierto, con el que se intenta obviar la necesidad de una toma de postura radical sobre la vigencia o no

(5) V. II Parte, Capit. II, Secc. I, ap I.

de la Teoría General de las Obligaciones en esta especial contratación. Parece partirse, además, de una hegemonía natural del lugar de ejecución que, ciertamente, está por probar (6). Reteniendo lo anterior se puede añadir que, a efectos de dotar de categoría jurídica al principio propuesto, sirve de poco esta postura en tanto que, en definitiva, la misión que se le da la viene desempeñando ya otro Principio General que, según opinión extenuada, es, en materia de obligaciones, el propio principio de autonomía (7).

Contrariamente a la anterior, la tesis -- que ahora se estudia, centrada también en la norma más favorable, sí puede colaborar en la defensa del favor como verdadero Principio del D.L.I. Así, en una primera visión, y según W. Goldschmidt:

"También es fuerza indagar si el tratamiento iusprivatista internacional de la relación laboral está sometido a algún principio que, por afectar -- sólo el tema indicado, poseería carácter de principio especial, pero el cual, por presidir toda la materia -- laboral, igualmente sería de cuño general... El problema está en saber si este principio del favor con el --

(6) V. II Parte passim.

(7) Cfr. opinión de Lord Wright, Mount Albert Borough Council v Australasian Temperance, etc, (1938) A.C. 224 en p. 240; cit por Graveson, Conflict of Laws, P.I.L., 7 edic., London, Sweet and Maxwell, 1974, p 405 y nota 19.

obrero que domina el Derecho del Trabajo. pueda irrum-
pir en el D.I. Privado del Trabajo y reclamar dentro -
de su ámbito que apliquemos entre los diversos Derechos
razonablemente aplicables aquel que mas ventajas brin-
de al obrero a quien se considera, de acuerdo con una
expresión de Cesarino Juniors, como "hiposuficiente".-
He mantenido en su oportunidad el principio del "favor
locationis conductionis operarum" de acuerdo al cual -
ha de aplicarse obligatoriamente a los derechos del --
empleado el Derecho mas favorablemente de entre los di-
versos Derechos interesados ..." (8).

En esta línea, con algunas matizaciones,
se pueden citar a Lanfranchi, Kahn-Freund, Garofalo,..
(9). Este último, precisamente, avanza un aporte meto-
dológico del mayor interés:

"ben piu ampia sarebbe la possibilità di
scelta se si ragionasse nei termine elaborati da que--
lla parte della dottrina e giurisprudenza americana --

-
- (8) V. Goldschmidt, D.I.P. del trabajo, en Tratado de Derecho del Trabajo, ed Deveali, V. IV, p 468 y s. Contra, Adolfo Miaja de la Muela, Soluciones "sanas" a los conflictos de leyes: "Favor Negotii" y respeto a los derechos adquiridos, en REDI, 1964, p 16 y ss, esp. 33, 34.
- (9) V. respect: Derecho Internacional Privado del Trabajo, Zavalia, B. Aires, 1955, p 42 y ss; Etudes - Suisses de droit europeen, Colloque International sur le D.I.P. des groupes de societes, de aquí en adelante cit, "Groupes", Georg, Geneve, 1973, p 234, 256; Disciplina International privatistica e Prassi Contrattuale dei Rapporti di Lavoro in Stato - di Insulation, en RDIPP, 1976, p 762-63.

che ha individuato un processo de applicazione della better rule of law ai casi concreti, nel quadro delle -- piu generale major choice influencing considerations.- L'individuazione della better rule da applicare al caso concreto, determinando il passaggio ad un sistema internazionale privatistico basato sulla choice between -- rules of law, dá piu ampio spazio a considerazione socioeconomiche al momento della individuazione della legge applicabile, di quanto sia possibile far attraverso -- il piu neutro criterio della most significant relationship ai fini della individuazione della proper law of contracts. La better rule, infatti, nel nostro caso, - potrebbe benissimo essere ravvisata in quella norma dedotta dall'ordinamento, tra quelle che hanno un certo contatto col caso concreto, che garantisce la miglior protezione degli interessi del lavoratore" (10).

Aunque, desde luego, si de admitirse en -- algún lugar la vigencia de estos métodos "finalistas"- habría de ser aquí, lo cierto es que no por ello dejan de estar sujetos a las mismas críticas de principio -- con las que, es sabido, se han oscurecido muchas páginas (11); ello aconseja, pues, el orientarse en otras direcciones.

(10) V. loc. cit en nota anterior, Subrayado propio. También, Smith, International employment contracts contracting out, en ICLQ, 1972, p 169.

(11) V. por ejemplo, Kegel, The crise of the conflict of laws, en Rec. des Cours, 1964, II, 112, p 91-268.

Particular importancia ostentan, a los efectos de este tema, las construcciones teóricas de -- los italianos Pocar y Panebianco. Previo a su estudio, sin embargo, unas reflexiones.

Influye notablemente en la obra de los -- autores citados la peculiar coyuntura doctrinal en la que están inmersos. Asumiendo el "favor" y aunque a -- través de diversos métodos, resalta el espíritu común sobre el que avanzan sus tesis: el rechazo a la postura territorialista de un sector de sus compatriotas, -- de la que, por otra parte, se hace abundante mención -- en este trabajo (12). Con ellos, además, se perfila ya claramente el favor como un Principio General con plena vigencia en tanto que, por ejemplo, a través de él se llega a soluciones distintas y de entidad suficiente.

Para Pocar, el favor, aparte de influir -- en la temática de las N.A.N., incide directamente en -- la consideración de las normas italianas de trabajo, -- en tanto que garantizan unos mínimos inderogables, como de Orden Público Internacional. Ambas referencias -- (O.P., N.A.N.) hacen aconsejable el tratamiento de sus ideas, principalmente, en aquellos lugares específicos. Valga ahora, sin embargo, adelantar que el sentido --

(12) V, espec. esta Parte Cap. II, Secc. II; II Parte, Cap. II, Secc. I.

general de la construcción de Pocar es el mantenimiento de la autonomía entroncando con esa especial consideración sobre el O.P. Internacional (13).

La obra fundamental de Panebianco sobre el estatuto de los trabajadores italianos en el extranjero (14), se puede resumir, con Vitta, del modo siguiente: este autor, sustancialmente, busca superar la situación de "impasse" que, según él, se ha creado en este campo (D.L.I.). Así, la doctrina había acabado -- por radicalizarse, adoptando posiciones incompatibles. A los autores favorables al máximo recurso posible al principio de autonomía contractual se contraponían los que tienden más bien a reafirmar el carácter absolutamente imperativo de las normas sobre el trabajo, presentado tanto en Italia como en el extranjero. Panebianco sintetiza tal situación afirmando que se ha creado un contraste entre autores del "contrato" y de la "ley", contraste que, además, daría lugar a una falsa alternativa susceptible de ser superada.

¿De que manera podría acontecer tal superación? Para Panebianco los dos aspectos --contractual y legal-- presentes en las relaciones de trabajo estarían coordinados entre ellos, en vista a realizar el --

(13) Cfr, La legge applicabile ai Rapporti di Lavoro - Secondo il Diritto italiano, en RDIPP, 1972, p 727 y ss; también, Ehrenzweig-Jayme- P.I.L., V. III - (spec part) Sijthoff, 1977, p 14.

(14) V. Lo statuto dei lavoratori italiani all'estero, Napoli, Jovene, 1974.

tratamiento más favorable posible al trabajador. Se trataría de un favor laboris que tomaría cuerpo, para lo que abarea el status de los trabajadores italianos en el extranjero (que se tiene aquí particularmente presente), en la disciplina legal de los mínimos de tratamiento económico-normativo, que se recibirá en el contrato de trabajo con elección vinculada, en vistas a la hegemonía de las normas públicas en la materia. Sólo en el espacio dejado libre por tales normas prevalecería la disciplina común de las obligaciones (contractuales y extracontractuales), prevista en el artículo 25. Además, la aplicación de las normas internacionalprivatísticas, acabaría por ser sólo residual y marginal, en vista del vasto campo de prescripciones obligatorias ... el sustrato de la construcción se ha inspirado en lo referente a comprobar que la interacción de elementos derivantes de la ley y del contrato había acabado por originar un cuerpo de normas relativamente unitario sobre el status de los trabajadores italianos en el extranjero (15).

Se puede completar esta referencia con una remisión literal a la propia obra:

"Sicché per concludere, le precedenti considerazioni permettono di rilevare non solo i ruoli specifici del "contrato" e della "legge" nella disciplina delle relazioni individuali degli italiani all'

(15) V. Vitta, Diritto Internazionale Privato, V. III, Torino, 1975, p 329 y s.

estero in materia de lavoro, quanto un loro coordina--
mento in vista della realizzazione costante del tratta-
mento piu favorevole all'interessato ("favor laboris").
Si profila, cioé, un cúmulo necessario, e non, ripete-
si, una concorrenza od un'esclusiva. Sicché, "contra--
tto" e "legge", anche ai fini dell'aplicazione dell'
art. 25 disp. prel. si configurano come parti en momen-
ti di una stessa vicenda giuridica nell'ambito del se-
ttore che ci interessa" (16).

Hay que retener, ahora, esta idea del --
 "cúmulo" en la que se perfila clarísimamente el favor
 laboris, a efectos de contrastarla en el momento en el
 ámbito del segundo enfoque, jurisprudencial, que sigue
 a estas líneas.

Empieza esta indagación sobre las senten-
 cias que, centradas principalmente a modo de ejemplo -
 en la Cour de Cassation francesa, se dicen por la doc-
 trina influidas decisivamente por el favor laboris, --
 con la de aquel tribunal con fecha 9 de diciembre de -
 1960 (Ets. Motokov). En los términos de A. Lyon-Caen,
 la Cámara Social rehusó censurar a los jueces de fondo
 quienes, para calificar un contrato concluido entre --
 una empresa checoslovaca y un representante que ejer--
 cía su actividad en Francia y para apreciar la validez

(16) Panebianco, op cit, p 192. Subrayado propio.

de la cláusula compromisoria que estaba allí inserta, se habían referido a la ley francesa, en tanto incluso que las partes habían escogido para regular sus relaciones contractuales la ley Checoslovaca. Para los jueces de fondo, el estatuto de V.R.P. que resultaba de una ley francesa de 1957 era aplicable: el representante era entonces un asalariado y la cláusula de compromiso nula. Para seguir este análisis la Cour de Cassation declara que las reglas constitutivas del estatuto son de Orden Público y había justificación de aplicarlos a un trabajo enteramente ejecutado en Francia.

Al margen del favor, y siguiendo al autor citado, la sentencia ha podido recibir dos interpretaciones: la primera conduce a encontrar una utilización de la excepción de O.P. en el sentido del D.I.P. La segunda, para él mas conforme a la letra y a la inspiración de la sentencia, establecería que la ley francesa sería competente en tanto que el lugar de ejecución, exclusivo en el caso, estaba situado en Francia (17).

En la sentencia de 1 de julio de 1964 -- (Maillard), también citada por A. Lyon-Caen (18), la misma Cámara Social ha hecho aplicación de la ley francesa a un contrato concluido entre una sociedad y un --

(17) V. A. Lyon-Caen, en L'entreprise multinationale face au Droit, Paris, Univ. de Droit ... etc, dirg. por Goldman-Francescakis, Litec, 1977, p 276.

(18) Ib.

representante francés que ejercía su actividad en Alemania donde, además, había establecido su domicilio. - Se trataba otra vez de la aplicación del estatuto V.R. P. cuya aplicabilidad se contestaba, en tanto que el empresario sostenía que no podía intervenir ya que el trabajo se ejecutaba en Alemania. Se declara, sin embargo, aplicable a título de ley escogida por las partes.

Comentando en su Curso sobre el Pluralismo de Métodos en D.I.P. esta jurisprudencia, a la que añade la célebre sentencia de 9 de noviembre de 1959 - (Carton) (19) el decano Batiffol expone que:

" ... paraître au premier abord d'un parti pris unilateral: elle consiste à appliquer le plus souvent possible la loi du juge saisi; d'autres y verront un souci de protection du représentant qui s'accorderait avec une règle matérielle favorable à la partie faible dans le contrat. Il m'avait semblé que cette position complexe apparue dans les arrêts n'était pas inacceptable, mais avait un caractère quelque peu boiteux: il s'agissait d'un compromis entre les deux méthodes des lois de police et des conflits de lois" (20).

(19) V. R.C. 1960, 566, nota M.S.D.

(20) V. Pluralisme des méthodes en droit international privé, en Rec. des Cours, 1973, II, 134, p 144. Subrayado propio.

Para J. Ribettes que comenta la sentencia Maillard, la Cour de Cassation, en su afán de asegurar al representante el beneficio de la ley francesa, muy protectora en la materia, arriesga conducir a los tribunales a ignorar leyes extranjeras tan beneficiosas para el representante como aquella (21).

En otro Curso de la Academia de la Haya, - esta vez el de 1975 del italiano Luigi Ferrari-Bravo, - se menciona una sentencia que puede resultar de interés: la de la Corte de Apello de Genova en el caso Malta Steamship Ltd C Cerulli ed altri. Para el profesor italiano, tratándose de un contrato de trabajo en el cual el empresario se había obligado a asegurar al trabajador en el cuadro de la ley extranjera del lugar de trabajo, la Corte no ha admitido la excepción consistente en el hecho de que el sistema extranjero de - aseguración contra los accidentes de trabajo no prevalece seguros en favor de no-nacionales (se trataba aquí del caso especial del seguro de las gentes de mar embarcadas bajo pabellón extranjero). La Corte ha negado que, en un caso parecido, se pueda invocar la imposibilidad de ejecutar el contrato. Ha admitido, pues, - la plena validez de la obligación de indemnización a cargo del empresario a partir de las reglas comunes de la ley aplicable al contrato que, en la especie, era -

(21) V. J. Clunet, 1965, p 130.

la ley italiana." L'arret, concluye Ferrari-Bravo, --
quels que soient ses merites, sur lesquels nous ne --
voulons pas nous prononcer, temoigne, si besoin en est,
de la force du principe du favor laboris dont nous a--
vons parle" (22).

En este área de accidentes de trabajo, el Profesor Ehrenzweig recuerda que:

"American law seems to favor the employee by either extending the lex fori to foreign accidents or by applying a more favourable lex loci, and these -
are sometimes applied cumulatively. Thus, a federal - court held under New York law that New York dependents of a French employer's employee who had been killed in an air crash over the Azores, could claim general damages for pain and suffering under the portuguese lex loci, although plaintiffs had also accepted a New York - compensation award" (23).

Nuevamente aparece el cúmulo en lo que se muestra como clara actuación del favor. Igual sucederá en la última, y tal vez más importante, sentencia que se estudia en este contexto: la de la Cour de Cassation

(22) V. L.F.B., Rapports entre contrats et obligations delictuelles, en Rec. des Cours 1975, III, 146, p 397, Subrayado propio; también, Parte II, Cap. III, Secc. II, ap II. Asimismo, Panebianco, op -- cit, p 252 y s.

(23) Komlos V Compagnie Nationale Air France, 209 F. 2d 436 (2d Circ. 1953) en Ehrenzweig, op cit, p 114. Subrayado propio.

con fecha 31 de mayo de 1972 (Thuillier). Su notoriedad radica, para A. Lyon-Caen, en que se trata de un litigio en el que, por primera vez, según parece, se evidenciaba el problema del conflicto entre la ley excogida por las partes y una ley extranjera del país del lugar de ejecución del trabajo. La cuestión concreta portaba sobre la duración del preaviso a respetar a partir de la cesación de un contrato concluido entre una sociedad francesa y una Francesa, para ejecutarse en el Senegal. El contrato estipulado por una duración de quince meses y renovable por tácita reconducción, en tanto que Senegal era una colonia francesa, contenía una cláusula subordinando la no renovación al respeto de un --plazo de preaviso de tres meses. La ley senegalesa prevé, desde entonces, que un contrato de duración determinada, renovado mas de una vez, se convirtiese necesariamente en uno de duración indeterminada y denunciabile mediando un preaviso de un mes. ¿A qué disposición se sometían las partes después de una renovación?. El empresario sostenía, en su recurso que la ley que regía el trabajo era la del lugar de ejecución (24).

La sentencia de 31 de mayo de 1972, siempre según A. Lyon-Caen, no rechaza totalmente esta pretensión. En substancia, su razonamiento es el siguiente: el contrato ha sido, por la voluntad de las partes,

(24) A. Lyon-Caen, op cit, p 277 y s.

40
46

sometido a la ley francesa. Pero la ley senegalesa era aplicable de pleno derecho "en lo que concerniese a -- sus disposiciones relevando del orden público local re-- lativas a la organización o a la reglamentación admi-- nistrativa del trabajo y más favorables a los trabaja-- dores. Por contra, la ley senegalesa no podía modifi-- car con detrimento del asalariado las garantías esen-- ciales del contrato relativas notablemente a la dura-- ción y a la extensión del compromiso regidos en princi-- pio por la ley de autonomía (25).

Dejando aparte el problema del derecho -- transitorio, no cabe duda que la sentencia establece -- al menos dos claras posturas de principio: hay una es-- pecie de vocación natural del lugar de ejecución a re-- gir determinadas materias, de índole especialmente ad-- ministrativa; en cualquier caso, esa ley no podrá re-- sultar en perjuicio de lo dispuesto. si más favorable, en el contrato -- al que, por otra parte, se reserva -- una determinada competencia.

Para A. Lyon-Caen, en definitiva, ésta y las de 1960 y 1964 se inscriben muy bien en el cuadro del favor laboris ... La ley del contrato sería en --- principio competente, salvo disposiciones más favora-- bles al asalariado, imperativamente prescritas por la

(25) Jb. Comp St. Tribunal de Grande Instance de la - Seine (5 ch) 1-6-60, "Vidal", en RC. 1961, 193 y ss, com, M S-D.

ley del lugar de ejecución (26).

En un comentario crítico de gran interés, y en base precisamente a que según ese método el asalariado posee dos opciones y el empresario sólo una, el profesor Lagarde consideraría mejor el procedimiento - radicalmente inverso: ley de ejecución aplicable salvo el caso de derogaciones mas favorables de la ley del - contrato (27). O en todo caso, y contando con que, según él: "... Si l'on veut bien admettre avec nous que - le systeme de la loi la plus favorable, en germe dans l'arret rapporté, n'est guere viable, et que la autonomie pure et simple de la volonte ne permet pas d'assurer au travailleur une protection suffisante, le choix parait se limiter aux deux directions suivantes ..."

(28) estas se limitarían, ya a un predominio del lugar de ejecución, con las salvedades antes expuestas o, la que él defiende, aplicar al caso la Teoría de los Indices de Localización. Así, y en sus palabras:

"A titre d'exemple, le choix de la loi -- francaise pour regir un contrat conclu, comme dans le present affaire, a Paris entre deux francais pour etre executé au Senegal n'aurait rien d'abusif et la loi --

(26) Ib. p. 280. Comp. Cour d'appel de Paris, (4-Ch), 4-7-75; "Club Mediterranee", en R.C. 1976, p 485 y ss, nota A. Lyon-Caen.

(27) V. R.C. 1973, p 690;

(28) Ib, p 691.

française devrait s'appliquer seule. En revanche, le -
choix de la loi portugaise pour régir un contrat con--
clu et exécuté en France entre un employeur français -
et un ouvrier portugais serait abusif et le juge de---
vrait appliquer la loi française de localisation du --
contrat. Cette seconde solution aurait l'avantage, ma--
is pour certains la faiblesse, de corriger la rigidité
parfois excessive de la première" (29).

Una primera línea de respuesta a estas o--
piniones del profesor galo la podría dar, con respecto
a la primera objeción (desigualdad de opciones), su -
compatriota A. Lyon-Caen. En efecto, para éste, el re--
sultado de conceder la opción al asalariado sería la -
transposición, tal cual, de la propia jerarquía de --
fuentes en derecho francés del trabajo (30). La postu--
ra territorialista, por otra parte, sería incompatible
con la manifestada por la Cassation en el célebre "Za--
narelli" (5 de mayo de 1969) (31). A lo largo de la --

(29) Ib. también, Batiffol, comentario a la Sentencia
Jousse, RC. 1976 p 338 y ss.

(30) Loc cit en nota (26) y nota 139 allí citada.

(31) Ib y V. comentario a la sentencia en RC 1970, p
280, H.B; también, Clunet, 1969, 670, nota J. Ri--
bettes. En general, y por lo visto hasta ahora V.,
en Derecho español: L.M. Camps Ruiz: Los Princi--
pios de Normas más favorable y de Condición mas -
Beneficiosa en las Fuentes del Derecho Español de M.de
Trabajo, Colecc. Tesis Doctorales, 1976. Asimismo,
Vida, International Aspects of the Remuneration -
of Inventors of Employees, en Questions of I. --

Segunda Parte de este trabajo se toman posturas, ciertamente, sobre la tesis territorialista. Ello obvia aquí mayores consideraciones.

Con respecto a la última propuesta del -- profesor Lagarde, es decir, abandonar el favor por la tesis de la localización objetiva, no deja de sorprender el que, dejando aparte los arcanos de esa tesis, -- se dé por el citado profesor un ejemplo en el que se -- intuye notoriamente el propio principio: ¿Se podría -- mantener el ejemplo si el trabajador fuera alemán y la ley elegida la de su país?. Todo induce a pensar que -- en esa labor de objetivación propuesta para el juez en -- tran en juego juicios de valor sobre la ley (portuguesa en el caso concreto) difícilmente discernibles del propio favor, entendido del modo más clásico.

Se trataba de dejar constancia, en estas pocas páginas, de la existencia del favor y su efectiva aceptación en doctrina y jurisprudencia. Esto dicho, sólo queda referir núcleos posteriores de su estudio a otros tantos sectores (notablemente el de las normas -- de aplicación necesaria), a efectos de, como se dijo -- con anterioridad, ir trazando su visión de la que, imprescindiblemente, ha de pregonarse un alcance global.

SECCION II. CORRECTIVOS FUNCIONALES=

Pudiera pensarse que, en cualquier estudio de la llamada "Parte Especial del D.I.P." y, por consiguiente, en el área laboral objeto del presente trabajo, es necesario asumir, simplemente, la Teoría General de aquel Derecho, de la que, como se sabe, es parte cualificada la temática de los "Problemas Generales" (a--quí referidos según el encabezado). Estarían de más, --pues, mayores precisiones sobre éstos. Tal ha sido, --por otra parte, la práctica adoptada para la importante Resolución sobre los conflictos de leyes en materia de trabajo, por el I.D.I. en su Sesión de Zagreb (32).

Aún aceptando lo anterior (y de aceptarlo se trata, en buena lógica, siquiera para superar la penuria de la Parte Especial), es preciso, en ocasiones, prestarles una cierta atención. Aquí se ha hecho por --las siguientes razones: con respecto a la Calificación, su estudio se ha verificado como expresión de su carácter testimonial respecto a toda la problemática del D. L.I.; interesará dar una visión pragmática, alternando por otra parte, teoría y práctica, como binomio clave de la expresión dinámica del derecho de las relaciones

(32) Cfr. Annuaire de L'Institut de Droit International, V. 54, I, Sesión de Zagreb, p 319; De ahora en adelante denominado "Zagreb". El volumen II vendrá referido como Zagreb II.

laborales internacionales. Sobre el O.P., además, había que interrogarse en esta etapa previa, si solo -- fuera por una razón básica: se advierte una excesiva -- proclividad a su utilización por la doctrina y juris-- prudencia: obra, pues, recordar principalmente su espe cífico carácter de correctivo funcional.

APARTADO I. CALIFICACION

La calificación como problema surge a intervalos regulares en otras tantas áreas claves del D. L.I. Clásica es ya su actuación a efectos de distinguir entre el D. Privado y Público, su relevancia con respecto a los Convenios Colectivos, la misma precisión del carácter laboral o no de una relación cualquiera... La identificación. al fin, y es asunto con el que se rinde culto a los tiempos, de la figura del empresario en los grupos de empresa. Con ser todo ello importante, merecedor sin duda de un estudio particularizado aparte de la simple referencia, será ahora el tema de los accidentes de trabajo el escogido para tratamiento. Influye en esta elección, no solo ya su carácter de "cause celebre", sino el que, efectivamente, se puede transcender en su marco del enfoque tradicional basado en la defensa de la calificación fori, causae, etc. Por lo que tiene de significativo además, y

100

a estos efectos, tal vez resulte preferible encarar la propia cuestión de la calificación contractual, extra-contractual, etc, que decidir quien ha de hacerla.

Sólo queda, pues, afrontar el tema, observando sin duda lo expuesto en las líneas previas; por descontado que estas necesariamente breves reflexiones han de completarse con la visión que, centrada principalmente en la jurisprudencia, se ofrece en el marco -- del ámbito de la ley rectora del fondo del contrato -- (33).

El primer núcleo, con el que se enfatiza el carácter problemático del tema que se suscita, viene referido, por el grado de sensibilización al respecto de sus países, al área anglosajona.

En América, y en lo que ellos denominan -- campo de "workmen's compensation", se proponen hasta -- tres calificaciones: "Tert", que resulta en la aplicación de la ley del lugar de accidente; contrato, con -- la consiguiente aplicación de la ley que rige su fondo; y una nueva categoría que, junto a las precedentes, recuerda Rothman: la relación empresario-empleado o -- "status", que conlleva la aplicación potencial de cualquier lugar que tenga una suficiente conexión con esta

(33) V. Parte II, Cap. III, Secc. I, ap. II. También, en general, Szaszy, International labour law, en adelante cit I.L.L., Sijthoff, 1968, p 160 y ss.

relación o "status". Todo ello, habrá de verse (34), -- con las limitaciones expuestas al arbitrio de los Estados por las cláusulas "Due Process" y "Full Faith and Credit" de la Constitución U.S.A. (35).

A lo que parece ser, es precisamente la -- tercera calificación propuesta, "status", la que goza de una mayor adecuación con la problemática de las Workmen's Compensations Acts (36). Conviene, sin embargo, indagar un poco más en la categoría propuesta. Para -- ello se puede tomar prestado algo de lo expuesto de -- las W. C. Acts (que se estudiará aquí, más adelante -- (37)). Así, en el comentario al art. 181 se dice:

"In this country, the range of territorial application given by the courts to their local -- workmen's compensation statute in the absence of explicit statutory provisions differs somewhat from State -- to State. This is because the courts have interpreted their statutes in various ways the most important of -- these differing interpretations are:

1. Workmen's compensation regulates the

(34) V. Esta Parte, Cap. II, Secc I.

(35) V. Actes du Deuxieme Congres International de -- Droit du travail. Geneve, 12-14 sept. 1957, citadas de aquí en adelante "Actes II", p 427.

(36) Ib.

(37) V. Esta Parte, Capit. II, ap III.

employment status. Therefore, relief should be obtainable under the workmen's compensation statute of the -- State which has the most significant relationship to the employment. This interpretation is the most widely accepted of all and the number of States That adhere -- to it is increasing. There are differences, however, -- among the courts of the States which adhere to this -- weight in determining the State of most significant relationship. Thus, the courts of some States emphasize the place where the employment is principally located (el Estado en el que el empleado ocupa la mayoria de -- su tiempo durante la vida del contrato). The employee's domicil, on the other hand, is the factor that is gi-- ven the greatest weight by the courts of other States on the theory that the purpose of workmen's compensa-- tion is to protect the employee and the State of his -- domicil has the greatest interest in his welfare. Still other courts emphasize the place from which the employee's activities are supervised on the ground that the cost of injuries to the employee should be borne by -- the business or by that part of the business, which em-- ploys him" (38).

En tanto que sujeta a interpretaciones tan dispares, no parece que, a pesar de su aceptación, esta nueva categoría signifique ningún progreso fundamental

(38) Cfr. Restatement of the law, Second, Conflict of laws 2d, A.L.I., Minnesota, 1971, citada de aquí en adelante, Restatement II, p 539.

sobre las ya clásicas. Las conexiones personales a las que se resalta, por otra parte, están en franco declive, como se verá, en el D.L.I. (39).

La situación en el Reino Unido hasta fechas relativamente recientes se podría resumir, con Kahn-Freund, diciendo que la importancia de los principios de los conflictos de leyes que gobiernan los contratos de empleo está muy considerablemente reducida por la calificación, en Derecho Inglés y Escocés, de la responsabilidad por accidentes industriales como de li ct ua l y no como contractual. Un empresario es respon sa ble hacia su empleado por lesiones personales causadas por la negligencia del mismo empresario o por otro empleado por el cual el empresario es subsidiariamente responsable. También es responsable, sin mediar negligencia, por lesiones que resulten de un accidente debi do a fallo del empresario en adecuarse a las previsiones de una ley, que haya sido promulgada para la seguridad, salud o bienestar de los empleados. Esta respon sa bi li da d ad ua l dual, por lo que es denominado "common law - negligence" y "breach of statutory duty" está, por un número de razones históricas y prácticas, considerada como basada en las obligaciones generales del empresario y no en el contrato de empleo. El empresario debe un "duty of care" de varios grados a todos los que se

(39) V. II Parte, Capit. II, Secc. II.

encuentran legalmente en las instalaciones. Esto incluye el deber de proveer un sistema seguro de trabajo. - No es el contrato de trabajo, continúa Kahn-Freund, sino el hecho de que, como un empleado, el trabajador esté legalmente en las instalaciones, lo que impone su deber al empresario. Cada trabajador tiene un deber de cuidado hacia su compañero y, si él ignora esto en el curso del empleo, el empresario está ahora (por la Law Reform (Personal Injuries) Act, 1948) responsabilizado hacia la víctima de un accidente causado de tal modo. - Los deberes con respecto al mantenimiento de maquinaria, acceso seguro al trabajo, y muchos otros similares que leyes como la Factories Acts y la Mines and Quarries Act imponen al empresario, no se imponen sobre él en su capacidad como empresario (vgs, como parte de un contrato de empleo) sino como el "ocupante" - de las instalaciones. Hasta aquí Kahn-Freund (40).

Así las cosas, la tendencia contractualista, por otra parte, ha recibido nuevo vigor en ambos países. En el mismo artículo 181 de II Restatement se toma en consideración el contrato, a efectos precisamente de legitimar la actuación de una determinada W. C. Act, cuando se dice:

(40) V. Actes II, p 487.

"(d) The State is that of most significant relationship to the contract of employment with respect to the issue of workmen's compensation under the rules of pp 187-188 and 196, or.

(e) the parties have agreed in the contract of employment or otherwise that their rights should be determined under the workmen's compensations act of the state... " (41).

En el comentario citado a este mismo artículo se expone, por otra parte, como rige también esta interpretación contractualista a nivel de Estados (42).

En Inglaterra, a su vez, se superó la visión delictual en favor de una "regle de cumul": cabe ahora plantear la acción en términos de delito: "Tort", o de contrato en razón a la violación de la responsabilidad de proveer un sistema seguro de trabajo, etc --- (43).

Conviene retener, como resumen de lo hasta aquí expuesto, dos consideraciones: la vinculación del tema con las leyes de S. Social (W. C. Acts en sentido lato) y la inadecuación, como es claro ejemplo Inglaterra, pero podría ser cualquier país en que haya influido la calificación delictual. de ésta última (44).

(41) Cfr. Restatement II, p 537.

(42) Ib. 539.

(43) V. Parte II, Cap. III, Secc. II.

(44) V. por ejemplo, el célebre Lautour C Guiraud, Cassation, 25-5-1948, cit por Delaume, Choice of

Esbozado, al mor del ejemplo sajón, el as
pecto problemático del tema, es necesario ahora, en es
ta segunda fase, un cotejo con la realidad del tráfico
laboral internacional. A estos efectos se considera co
mo presupuesto de trabajo la situación, básica en cual
quier muestreo jurisprudencial, en la que hay una insu
ficiencia notoria de las leyes protectoras del lugar -
de ejecución con respecto a las eventualmente reclama-
das en via contractual; es el clásico caso del emplea-
do de una Compañía europea enviado a desempeñar su tra-
bajo en un país de los denominados "de derecho primiti-
vo". Dejando de lado, por el momento, las querellas --
doctrinales, es preciso investigar en la manera de pro
teger adecuadamente al que se encuentra en esa coyuntu-
ra.

Un valioso dato sobre la manera de articu-
lar la defensa del trabajador desplazado de su suelo -
lo ofrece la práctica italiana. Antes, sin embargo, --
unas consideraciones de carácter general. Los ejemplos
italianos, de los que se hace abundante uso en este --
trabajo, se ven especialmente cualificados por una cir-
cunstancia particular: en el país vecino parece haber-
se asumido a todos los niveles, y en un alto grado, el
hecho de masas de nacionales trabajando en el extranje-
ro. El mundo del Derecho y la práctica sindical y em--

law in torts, Recent French Decisions en AJCL,
1971, pp 7 y s.

38

presarial se preocupan de proveer una cobertura jurídica aceptable a los emigrantes. De ahí que, a efectos de investigación, el modelo italiano adquiera, tal vez, caracteres de imprescindibilidad, máxime desde óptica española.

La situación se podría resumir del modo siguiente: Las empresas italianas se comprometen en los contratos individuales a proveer, en base al deber general de tutela de la persona física y moral del trabajador, los medios necesarios en caso de enfermedad o accidente. El Ministerio de Lavoro, por otra parte, y a efectos de conceder permiso para la transferencia, obliga a las empresas a concertar una cobertura de seguros, ora con el INAIL, o con empresas privadas de seguros; en cualquier caso aquella ha de ser sustancialmente idéntica a la vigente en Italia (45). Este esquema requiere, a no dudar, algunas precisiones.

Se puede pensar en el caso de contratos en los que no se hayan estipulado expresamente los medios de protección mencionados. Si tal sucediese, según Cansacchi, y si la ley contractual fuera la italiana: "... del combinato disposto degli art. 2087 e 2116, 2º Cpr. Cod. Civ. (ancorché non vi sia al riguardo una norma esplicita) si possa desumere l'obbligo del datore di lavoro di provvedere ad adeguate misure "per tutelare l'integrità fisica e la personalità morale del

(45) Cfr. Garofalo, op cit, p 764 y ss, 777.

prestatore de lavoro" con l'implicita sanzione, in caso di inadeguatezza o di insufficienza delle modestie, - di rimborsare le spese e di risarcire il danno patrimoniale sopportati dal lavoratore" (46).

Sobre el seguro privado, y en tanto que - es factible que como contrato independiente tenga una ley propia distinta a la del contrato de trabajo, los autores hablan de una "atracción" de la disciplina de conflicto sobre algunos aspectos del contrato de seguro en la del accidente, en particular en cuanto atiene a la admisibilidad, límites y modalidades de la acción directa del trabajador hacia el asegurador para obtener la indemnización (47). Así, sobre la irrelevancia del argumento según el cual el asegurador sería puesto, de esta manera a la merced de la ley reguladora de una relación que le es extraña, recuerda Garófalo citando a Ferrari-Bravo que, el contrato de seguro: "e - stipulato proprio in vista del probabile costituirsi di altro rapporto il cui modo de essere puo contemplarsi nel quadro delle modalità de esecuzione della prestazione che il contrato ha posto a carico dell'assicurato" (48).

Para el mismo Garófalo, por otra parte, -

(46) V. Cansacchi, La legge regolatrice del rapporto di lavoro svoltosi all'estero, en RDIPP, 1968, p 21.

(47) V. Garófalo, op cit, p 769.

(48) Ib., p 766 y nota 49, allí citada.

el sistema podría completarse con la actuación extraterritorial, basada en la ley del contrato, de las leyes de S.S. A tal efecto cita unas recientes sentencias americanas y francesas (49).

Conectando sobre la situación general aquí tratada, carencia o insuficiencia de leyes protectoras del lugar de ejecución, Panebianco apunta en la dirección propuesta al decir que: "Sianno nell'ambito della "better rule" del illecito slitando dalla legge "locale" verso quella realmente "protettiva" (50). En tanto que basada en la coordinación entre la ley local y, en la especie, el lugar de conclusión, se puede --- aceptar esta Better Rule que, a no dudar, situa el autor a través del "favor" (51).

Apoya Panebianco su opinión con la sentencia Malta Steamship, citada no ha mucho (52) y con la Resolución de Edimburgo (1969) del IDI sobre las obligaciones delictuales en DIP. Recuérdese el artículo 3:

"En l'absence de tout lien substantiel entre la question soulevée et le lieu ou les lieux ou le delit a été commis, on applique, par exception aux règles établies aux articles 1 et 2, la loi dont la détermination résulte d'une relation spéciale entre les

(49) Ib p 768 en notas 42-47, p 769.

(50) V. Panebianco, op cit, p 260.

(51) Ib. p 259.

(52) V. Secc. I.

parties ou entre celles-ci et l'événement:

a) ... la loi du siège de l'entreprise -- (pourrait être appliquée) à la responsabilité entre employeurs et employeurs et entre employés de la même entreprise ... " (53).

El sentido de esta Resolución parece haber sido acertado por Panebianco. Y ello, a fortiori, en tanto que su Rapporteur (Kahn-Freund) favorece en su obra la sede como rectora del contrato y, en general, la visión contractualista del accidente (54).

La coordinación entre la ley local y la de contrato parece, en definitiva, el mejor expediente para la efectiva protección del trabajador. Se impone, pues, salvando añejas discusiones, un matizado contractualismo que, en general, se podría resumir, con Collins, como sigue:

"In cases where contract and tort overlap it is not enough to point to the undoubted fact that the courts are now tending to use similar formulae for the contract and tort situations. Where there is a mixed contract-tort situation the "relationship" will --

(53) V. Annuaire de L'IDI, V. 53, II, p 372 y s.

(54) Cfr. Kahn-Freund, Delictual liability and the conflict of laws, en Rec. des Cours, 1968, II, 124, - p 138-141. V. también, Wengler: L'immunité législative des contrats multinationaux, en RC 1971, p 641 y nota 2.

usually be the contract between the parties... it is - the law of contract on which the parties can play their insurance. It is the law of the contract which most effectively reflects their expectations" (55).

(55) V. Collins Interaction Between Contract and Tort, en ICLQ, 1967, 144; también, Wengler, La responsabilità per fatto illecito nel DIP. Ricerca di una nuova sistematica, en A. Diritto Int. 1966, p 83.

8

El Orden Público es, quizás, el concepto más conspicuo del D.L.I. En las líneas que siguen se - tratará su aspecto de correctivo al funcionamiento de la norma de colisión. Será, pues, la visión ya clásica del O.P. que, precisamente por ese carácter, conlleva un tratamiento sucinto. Este, además, viene obligado - por el hecho de ser solo un retazo del aporte general que, sobre aquel, se intenta componer a lo largo del - presente estudio.

Se enfrenta el tema desglosado en sendas líneas maestras: una en la que se enumera, sin ánimo - exhaustivo. Las notas que comunmente se otorgan al as- pecto del O.P. de que se trata; otra en la que el dato jurisprudencial se coaliga con un apunte de doctrina.- Con ambas se pretende ganar una perspectiva desde la - que afrontar posteriores desarrollos (especialmente el D. Público y las N.A.N.) en otras tantas áreas del D.- L.I.

APARTADO II. ORDEN PUBLICO.

Consecuencia de su carácter de correctivo funcional, el O.P. ha de vincularse a la actuación del juez y es, por ende, marcadamente casulístico. Cualquier intento de listar los casos en que deba considerarse - no solo es inútil, debido a la propia relatividad de -

la categoria, sino, tal vez, poco aconsejable. De ahí que, con Szaszy, se pueda decir: "Here the sense of -- justice of the judge is the only standard; his assessment is above the law which in a given case will consider the application of a foreign rule of law intolerable from the point of view of the domestic order" -- (56).

Indudablemente, recuerda Cansacchi, la tarea del juez de la "lex fori" no es ni fácil, ni ajena a críticas, pero estas dificultades no son particulares al campo del trabajo; siempre se encuentran cuando las leyes extranjeras vienen a introducirse en ámbitos normativos, en los que el ordenamiento jurídico del foro sea particularmente sensible (57).

De cualquier manera, lo que sí resulta posible es trazar una catálogo de principios cuya violación motivaría el empleo del O.P. Tales serían, por -- ejemplo, en los países socialistas, y como expone Szaszy: el derecho al trabajo y a la participación en el -- trabajo de la sociedad; la obligación de observar la -- disciplina del trabajo; el derecho a la compensación -- conforme a la calidad y cantidad de trabajo prestado; -- el derecho al esparcimiento y al descanso, a condiciones seguras de trabajo; igualdad de derechos para las

(56) V. ILL, cit, p 184.

(57) V. La legge ... cit p 17.

mujeres y su protección especial; beneficios especiales para la juventud trabajadora; derecho a beneficios financieros en el evento de imposibilidad de trabajar; participación de los trabajadores en la organización social y control del trabajo y en la promoción y mejora de la productividad; al aumento del bienestar de los trabajadores (58). Estos principios, por supuesto, pueden recogerse a nivel constitucional (59).

Conviene ahora reflexionar sobre los requisitos en que se basa la actuación de este correctivo.

Aunque se puede teorizar sobre si la simple jurisdicción del tribunal proporciona por sí sustento para la eventual actuación del O.P., lo cierto es que de la práctica se puede deducir, y es ampliamente recogida por la doctrina, la exigencia de un requisito previo: la conexión suficiente del asunto con el foro, asumida en Alemania como "Binnenbeziehung" (60). Esta, en materia laboral, puede ser, por ejemplo, la nacionalidad común del asalariado y del foro; sabida es la vinculación del Principio de Igualdad con el O.P.,

(58) V. Loc cit, en nota 56.

(59) V. Müller. Il trattamento giuridico del lavoro -- subordinato nelle relazioni italo-tedesche, en RDIPP, 1972, p 702.

(60) V., entre otros, Riphagen, The relationship between Public and Private law and the conflict of laws, en Rec. des Cours 1961, I, 102, p 261-2 y nota 14. También, Wengler, General Principles of P.I.L. en Rec. des Cours, 1961, III, 104, p 433.

en general, y su vigencia, incluso actuada constitucionalmente, en el mundo del trabajo (61).

Sobre la amplitud de la eventual perturbación se suele conformar el otro requisito para la actuación del O.P. Aquella ha de ser, según la opinión -- más extendida, suficientemente grave. De ahí que la -- Conferencia de la Haya incluya en las cláusulas ad hoc de las distintas Convenciones la voz "manifiestamente", referida a la incompatibilidad con el O.P. del foro -- (62). Es, por tanto, una visión restrictiva la que domina, acogida, por otra parte, en la citada Resolución de Zagreb del I.D.I.:

Article 8:

"En aucun cas, il n'est fait application des dispositions d'une loi étrangère prévue par les -- presents articles lorsque leur application est manifestement incompatible avec l'ordre public" (63).

Aunque, es preciso recordarlo, el mantenimiento del artículo no fuera del todo pacífico (64), -- hay que aprobar esta tendencia del I.D.I. y, especialmente, en un tema como el D.L.I. que debe tanto de su

(61) Wengler, op ult cit, p 434; también, Esta Parte, Cap. II, Secc. I.

(62) V. sin embargo, Quadri, Lezioni de Diritto Internazionale Privato, V. edic, Liguori, Napoli, 1969, p 417 y s.

(63) V. Anexo I.

(64) V. Zagreb, II, p 334 y s.

complejidad al abuso que en su marco se ha hecho de la propia noción de O.P.

En cuanto al modo de proceder en la práctica al cotejo entre el foro y la ley extranjera, sabido es que esta última ha de individualizarse, sin que quepa un rechazo "en masse" del Ordenamiento extranjero, o bien de un sector completo del mismo, vgr. el la boral; esto no significa, por otra parte, que esa ley extranjera haya de ser desgajada de su entorno normati vo. En tal sentido hay que apreciar las observaciones de Cansacchi. Para este autor, los contrastes entre le yes extranjeras de trabajo y los principios italianos de O.P. "Internacional", en este campo normativo, son bastante menores de cuanto parece en línea teórica, y ello porque, para no llegar a resultados aberrantes e injustificados: "ocorre considerare la legislazione es tera del lavoro richiamata nel suo complesso en non - in alcune sue norme soltanto (o in alcune sue presunte lacune). isolatamente considerate" (65).

Puede acontecer, por ejemplo, continúa -- Cansacchi, que la ley extranjera contemple un mínimo - salarial de categoría inferior al nuestro, porque el - costo de la vida, en el lugar del trabajo es inferior al nuestro, o bien porque el trabajador tiene derecho a percibir del empresario también la alimentación y --

(65) V. op cit, p 17.

44
el albergue; puede ser que la ley extranjera no contem-
ple complementos suplementarios, gratificaciones o in-
demnizaciones dispuestas, en cambio, imperativamente -
por nuestras leyes, porque el salario completo y nor-
mal es ya más elevado que el nuestro, o bien porque se
disponen en favor del trabajador otras ventajas pecu-
niarias o en género.

Casos semejantes se pueden dar, según re-
cuerda el profesor italiano, con respecto a las vaca-
ciones, a las indemnizaciones de antigüedad, etc.

Con todo, concluye:

"Come sarebbe iniquo, applicando una le-
gislaione del lavoro straniera, privare il lavoratore
nazionale delle essenziale corresponsione pecuniarie, -
ormai divenute consuete nell'ambito del lavoro italia-
no, così sarebbe altrettanto iniquo gravare il datore -
de lavoro, cumulando la legge estera a quella naziona-
le, di una doppia ed ingiustificata onerosita pecunia-
rie. Il buon senso del magistrato sera, in questi ca-
si, il migliore ed unico criterio di interpretazione"
(66).

Por su tono moderado y realista esta opi-
nión parece digna de compartirse (67).

(66) Ib. p 18.

(67) V. En este sentido: Müller op cit, p 703; Pane-
bianco, op cit, 262 y s. También, la sentencia In
the Estate of Fuld (nº3), cit por Morris, Conflict
of laws, 1972, p 507.

Los efectos del O.P., por su parte, no originan dificultades peculiares en D.L.I. Ello aconseja continuar, sin mas, este breve muestreo que finaliza ahora con algunas precisiones de carácter general.

Es práctica extendida el individualizar determinadas normas atribuyéndoles carácter de O.P. Internacional. Aparte de la dificultad, largamente asumida, de derivar un principio de O.P. Internacional de una norma (68), es preciso considerar que, la mayoría de las veces, lo que se está pensando es en las propias normas de aplicación necesaria. Así consideradas, las normas de O.P. Internacional, no habrían de ser sino normas con vigencia universal o, en la práctica, aquellas contadas que calcan literalmente los Principios. Será, por ejemplo, una norma que estatuyese la paridad obligatoria de salarios y condiciones entre trabajadores de ambos sexos, etc... De extenderse el intento, por otra parte, es fácilmente perceptible que, amén de otros peligros, el cotejo de estas supuestas normas y las extranjeras, en los términos ya expuestos, sería casi imposible. Todo induce, pues, a una muy cauta actitud ante el rastreo de normas de este tipo en un determinado sistema legal. Esto dicho, -

(68) Cfr., entre otros, Mann, Conflict of laws and Public law, en Rec. des Cours, 1971, I, 132, p 128 y ss.

sin embargo, no cabe duda que propuestas como la de --
 Francescakis, en el sentido de considerar como normas
 proveedoras de un "standard mínimo" internacional a --
 las de la O.I.T. y, por consiguiente, de O.P. Interna-
 cional, consolidarían en mucho esta tendencia (69).

Trazada así, en grandes líneas, la proble-
 mática del O.P. Internacional, queda ahora reflexionar
 sobre su plasmación jurisprudencial. Se procede a ello
 a partir de dos notorias sentencias: "Dizier" y "Sa--
 yers".

Los hechos, tal y como se presentaron an-
 te el Tribunal de Milan, uno de los más activos desde
 la óptica del D.L.I., pueden resumirse del modo siguien-
 te (70):

El demandante, M. Paul Dizier, contratado
 en Paris por la Societé française O. Paul Planus S.A.,
 fue enviado a Italia el primero de febrero de 1951 --

(69) V. Zagreb p 148; también art. 197 C. de Bustaman-
 te, cit por Goldschmidt, D.I.P. del Trabajo, cit,
 p 463 y nota 22; Cottrau, La disciplina del con--
tratto di lavoro stipulato in Italia ed esseguito
all'estero, p 226, nota 23 allí cit, en Diritto -
del Lavoro, 1967. También, L. Lucas, La liberté -
contractuelle dans le D.I.P. français, en Melan--
ges Dabin II, Paris, Sirey, 1963, p 765 y nota 1
 allí citada; Kahn-Freund, General problems of P.I.
L., en Rec. des Cours, 1974, 111, 143, p 345.

(70) "Dizier", trib. de Milano 26-IX-68. Ver RDIPP 1968,
 916 y ss.

para ejercer las funciones de administrador de una filial de aquella empresa. Se mantuvo en ese puesto hasta el primero de julio de 1966 en que es despedido, -- sin mediación de preaviso, indemnización por despido -- ni la correspondiente a los días feriados.

Salvas cuestiones de índole procesal, el problema se plantea respecto a saber: en primer lugar qué ley rige el contrato, admitido ya de trabajo; -- si, en cualquier caso, las leyes italianas de ejecución son o no aplicables en la especie.

Poco trabajo cuesta al Tribunal admitir -- la argumentación de la sociedad según la cual era la francesa la ley rectora del contrato. En efecto, el artículo 25,1 del C.C. Italiano conduce, sin mayores problemas a ello. No sucede lo propio, sin embargo, con el alegato de Dizier sobre la imperatividad de las leyes italianas. En este punto conviene dejar la palabra al tribunal milanés.

"E anche da respingere la tesi dell'attore secondo cui il contratto ed il rapporto de lavoro subordinato aventi esecuzione in Italia non potrebbero essere regolati da legge straniera a ciò opponendosi il limite dell'ordine pubblico in considerazione della natura inderogabile e del fortissimo carattere pubblicistico del diritto di lavoro.

Tale opinione non e suffragata dal diritto positivo. L'art. 31 pre leggi dispone che "in ne--

ssun caso le leggi e gli atti de uno stato estero, gli ordinamenti e gli atti di qualunque istituzione o ente o le private disposizione e convenzione possono avere effetto' nel territorio dello stato, quando siano contrarie all'ordine pubblico (o al buon costume)".

Il corretto metodo de impostare l'indagine nel caso de quo, non e dunque quello de enunciare - (con piu o meno fondatezza) il carattere pubblicistico ed inderogabile di tutte le norme italiana sul lavoro subordinato, ma di valutare se le singole norme francesi o il complesso di norme francesi delle quali se - chiede la concreta applicazione da parte del giudice - italiano siano contrarie all'ordine pubblico. Impostata cosi la questione si dovra stabilire, poi, quale e la nozione di ordine pubblico di cui all'art. 31. Con tale termine non si designa afatto il complesso delle norme che non possono essere derogate dai privati (c. d, O.P. Interno), ma solo il complessi dei principi etico giuridici fondamentali cui l'ordinamento dello -- Stato italiano e' ispirato (c.d. Ordine Pubblico Internazionale).

E stato-a tale riguardo- osservato che potrebbe essege valida in Italia una norma staniera che considerasse valida l'alienazione verbale de immobili, norma chiaramente contrarie all'ordine pubblico interno, e cio perche quell'ipotetica norme straniera non - lede principi etico-giuridice fondamentali cui il nos-

tro ordinamento e ispirato, ...

E evidente che la misura del preavviso -- non puo costituire principio etico-giuridico fondamentale dello Stato italiano, ma -a ben guardare- neppure la previsione dell'indennita de anzianita puo assumere fondatamente un tale carattere.

L'indennita -interpretata un tempo come - "premio de fedelta" ha acquisito negli ultime anni --- l'aspetto di "retribuzione differita", si da essere - prevista dalla l. 15 luglio 1966, no 604 in ogni uso - di risoluzione del rapporto de lavoro (art. 9). Se cosi e, la mancata previsione del diritto ad essa da parte de un ordinamento straniero attiene esclusivamente ad un rapporto de corresponsivita tra prestazione e retribuzione, nel senso che la retribuzione in concreto prevista per lo straniero si dovrebbe intendere ridotta nell'arco di un anno- di una somma pari a quella quota che deve essere poi corrisposta per diritto italiano -- per ogni anno di servizio alla fine del rapporto di lavoro.

Posto cio si dovrebbe stabilire se la somma risultante da tale sottrazione sia inferiore ad un canone de "giusta retribuzione" (tale principio pare rientrare tra quelli fondamentali dello Stato italiano). Nella specie un tale giudizio non puo essere certamente emesso perche in concreto il Dizier godeva di una retribuzione che -sottratta pure la quota per l'in-

demita di anzianita- era di molto superiore ai minima
inderogabili di categoria vigenti in Italia.

Per quanto attiene alle ferie essendo ---
queste 'previste dall'art 54 Code du travail si appli---
chera il diritto francese" (71).

El tribunal italiano ha verificado, lo ---
que justifica su extensa cita, una impecable defensa -
del O.P. Internacional en sentido clásico (72); la a---
plicación al caso concreto, sin embargo, ha merecido -
reparos. Se trata de ello a renglón seguido.

Para el profesor Pocar, que ha comentado
el caso, el O.P. parece, en efecto, jugar aquí una fun
ción mucho más importante que la que los jueces le han
atribuido.

En primer lugar, según este autor, parece
discutible que la precisión de una indemnización al ---
fin de la relación de trabajo no entre en los princi---
pios fundamentales del orden jurídico italiano. Se tra
ta, sin duda, para emplear las palabras de la decisión
milanesa, de una indemnización que tiene el carácter -
de un "salario diferido" al momento de la terminación
de la relación de trabajo; pero este pago obligatoria-
mente diferido parece relacionarse con motivos socia---
les, que se pueden hacer entrar probablemente entre ---

(71) Ib. p 919 y s. Subrayado propio.

(72) Cfr. Cansacchi, La legge cit p 15 y ss; op cit,
p 228.

los principios fundamentales de protección de trabajo, de los que se inspira el orden jurídico interno. Debiéndose la indemnización a todo trabajador, sin excepciones, (art. 9 de la ley de 15 de julio de 1966, nº 604), es irrelevante la circunstancia, subrayada por el tribunal, de que el salario del trabajador fuera más elevado para la categoría que el previsto en Italia.

En segundo lugar, continúa Pocar, es preciso no dudar la existencia del principio del máximo de protección del trabajador. Constituye, en su parecer, en razón también de su origen constitucional, uno de los principios fundamentales del orden jurídico italiano. Como tal... debiera impedir la aplicación de toda ley extranjera menos favorable para el trabajador, a la que condujese la regla de conflicto, ya que esta ley será contraria al O.P. Internacional.

En apoyo de su argumentación, el profesor italiano cita la sentencia del tribunal de Roma Scozza ro C United Press Association, (6-X-49), y la opinión de su colega francés, G. Lyon-Caen (73). Para éste, y siguiendo una línea cara a sus compatriotas (74), -- "dans la mesure ou la legislation francaise contient

(73) Cfr. en R.C. 1970 p 683-4.

(74) V. por ejemplo: Batiffol, comentario a la St. -- "Jousse", R.C. 76, 346; Freyria, Actes II, 459. También: Miele en Prospettive di D.I.P., Simposio, Giuffrè, Milano, 1968, p 378, Garofalo, op cit, 762.

un minimum de protection du salaire ... il y aura une tendance de la part des tribunaux français à substituer la protection minima accordée par la loi -- française à la loi étrangère moins favorable au travailleur" (75).

Por más simpatías que merezca esta postura de Pocar parece que, en el caso concreto, el tribunal de Milan ha hecho un muy mesurado y razonable uso del O.P. Internacional. Lo que tal vez sugiere Pocar -- es que éste, en materia laboral, debe estar susceptible por el Principio General del Favor Laboris. Cabe preguntarse, sin embargo, cómo, y en qué medida, se podría proceder a esa susceptibilización. La tarea, desde luego, no se presenta fácil.

Desde la perspectiva de las normas de aplicación necesaria se podrían presentar, acaso, matizaciones de interés. El mismo Pocar resalta el hecho -- de que el tribunal milanés no ha querido acordar tal -- calificación a las normas italianas sobre preavisos -- etc (76). Tal hubiera sido, probablemente, la respuesta correcta, en el tema de los días feriados (correspondientes a las N.A.N. en Bélgica, vgr) (77). La demanda, sin embargo, propiciaba tal vez la respuesta --

(75) V. Lyon-Caen, Droit social européen, Dalloz, 1976, en adelante cit "Europeen", p 100.

(76) V. Trib. Commercial de Bruxelles, 3-3-70 en J. Clunet, 1975, p 357.

(77) R.C. 1970, p 682.

negativa del tribunal, dada la extensión de los términos en que se proponía. Aquel ha preferido salir al paso de lo que se presentaba con claras reminiscencias - de épocas pasadas felizmente al olvido. Sobre ello se volverá en páginas sucesivas (78).

La sentencia "Sayers" de la que se ofrece ahora un primer apunte (79), hubiera podido proporcionar, para el especialista inglés Collins, una ocasión adecuada al empleo del O.P. Internacional. Específicamente considerado, el problema se planteaba en los siguientes términos:

La Sección 1 (3) de la Law Reform (Personal Injuries Act. 1948) establece que:

"Any provision contained in a contract of service ... shall be void insofar as it would have the effect of excluding or limiting any liability of the employer in respect of personal injuries caused to the person employed ... by the negligence of persons in common employment with him".

Esta norma, se dice, rige los contratos - que lo son por la ley inglesa. Se trataba, en Sayers, - de saber si, a la vez, se podría derivar de ella un -- principio de O.P. Internacional, que la llevara a ser aplicada a un supuesto claramente no regido por ella -

(78) Este Capit. Secc III.

(79) V. espec. Parte II, Capit. III, Secc 1ª, ap II.

(accidente en Nigeria y contrato Holandés). Para Collins, que cita la siguiente y antigua opinión de Lord Denning (Master of the Rolls de la Court of Appeals en el caso Sayers):

"The doctrine of common employment was an irrational exception to the liability of the employer. .. it has now been abolished by statute, and should be disregarded in the same way as if it had never been -- enunciated. Statute law and common law should be integrated as one law".

Si pueden haber importantes consideraciones para no convalidar un contrato, entonces, 25 años después de que el legislativo ha abandonado la doctrina del "common employment" pueden haber importantes razones sociales para derivar un principio de O.P. de -- una ley que, adoptando palabras de otra, "es una pieza de legislación social designada para la protección de ciertas personas". Añade entonces Collins que: "It is tentativeley suggested that a cautious and sparing use of the public policy doctrine is appropriate where the application of English law would not violate the interest of any other state or the legitimate expectations of a party and where justice demands it" (80). A esto se opone Mann, quién, tras negar el carácter de O.P. de la ley en cuestión concluye que: "Where an employee --

(80) V. Collins, Exemption clauses, employment contracts and the conflict of laws, en ICLQ, 1972, 331 y s.

freely and voluntary consents to an express clause and this not involve the imposition of a social evil or an absolute injustice, there is no need for curtailing -- the parties freedom" (81). Este, habrá ocasión de verse, no es lugar muy apropiado para defender la libertad de las partes (82).

Una nota común resalta de las sentencias que se han tratado: en ninguna de las dos se aplica, - en definitiva, el O.P. Internacional; en la inglesa, - incluso, el tema no se llega ni a sugerir. Lo propio - sucede con las N.A.N., como se ha destacado en la sentencia italiana. En la Sayers, por otra parte, y aunque la Secc. I (3) de la Law Reform (Personal Injuries) Act, 1948, no se presente como N.A.N., se especula con la posibilidad de que rija efectivamente, no solo ya - los contratos sometidos a la ley inglesa, sino todos - los ejecutados en Inglaterra (83); esto último la haría entrar, ipso facto, en la categoría mencionada. Vale la pena ahora reflexionar un tanto sobre esta doble inaplicación.

Desde el O.P. Internacional, lo que ciertamente sería más anecdótico, se ha visto como el tribunal milanés ha desestimado la pretensión de considerar algunas normas materiales italianas como dentro de

(81) V. Statutes and the conflict of laws, en BYBYL, 72-73, p 142.

(82) V. loc cit, en nota (7a).

(83) V. Collins, Exemption cit, p 331.

aquella categoría. El pasar en silencio el hecho de -- que pudiese en cambio, ser de aplicación necesaria, -- puede sugerir el que, abandonando el O.P. Internacio-- nal, es problemático volver hacia las N.A.N. En Sayers y, sobre todo, en la célebre sentencia Zanarelli de la Cour de Cassation francesa (5-3-69), sucede todo lo -- contrario: limitada la vigencia en el espacio de la ci-- tada Act y del Estatuto V.R.P. respectivamente, y re-- sultando en los casos concretos su inaplicación, los -- tribunales ignoran, sin más, una eventual actuación -- del O.P. Internacional. Este último extremo tal vez -- tenga una clara motivación: la inaplicación de las N.A. N. conlleva el quiebro del requisito previo a la actua-- ción del O.P. que aquí se ha recordado como: "Binnenbe-- ziehung". Los tribunales, en definitiva, estarán remi-- sos a actuar el O.P. Internacional cuando han desecha-- do, previamente, sus normas de aplicación necesaria.

De los ejemplos anteriores destaca una es-- pecie de inhibición mutua entre el O.P. Internacional y las N.A.N. ¿Que alcance tiene esta inhibición?. En -- tanto que ambos son, en definitiva, pilares fundamenta-- les, entre otras cosas, de la actuación tutelar del Es-- tado, el vacío de poder que deriva de su inaplicación resulta en un aumento del área de influencia de los -- particulares. No es casualidad que maestros de la ta-- lla de Wengler y Batiffol hayan centrado las dos sen-- tencias ultimamente citadas en la problemática del lla-- mado "contrato sin ley", sobre el que aquí se ha de --

tratar (84).

Se puede especular también, reteniendo el primer aspecto del problema, y aunque ciertamente no -- sirvan los ejemplos mencionados, si el retraimiento -- del O.P. no viene propiciado por la mayor actividad de las N.A.N. En tal sentido se ha manifestado el profesor italiano Sperduti (85) y, en materia laboral, su compatriota Panebianco. Este, y tras un significativo encabezado: "Il ruolo secondario dell'ordine pubblico internazionale nell'controllo sul contenuto della legge locale" afirma que:

"La presenza di tante norme pubblicistiche di tutela del lavoro italiano all'estero riduce obiettivamente il ruolo dell'ordine pubblico internazionale (art. 31 disp. pre. Cod. Civ.). Sono noti gli -- strumenti a disposizione delle autorità pubbliche per controllare, o per escludere in favore di quello italiano, contenuti dei diritti stranieri del luogo di esecuzione del lavoro. Essi sono ormai tali e così perfezionati da rendere superfluo il ricorso al giudice -- per escludere l'applicazione del diritto straniero altrimenti competente ... " (86).

Falta ahora estudiar el ámbito de esta -- sustitución del O.P. por las N.A.N. A nivel general, --

(84) V. respect: L'immunité, cit; RC 1970, p 280 y ss; II Parte, Cap II, Secc III.

(85) V. Norma de applicazione necessaria e ordine pubblico, en RDIPP 1976, p 487-88.

(86) V. Panebianco, loc cit en nota 67.

en efecto, no parece debiera desbordarse mucho, y por no impedir la convivencia jurídica internacional, el - del propio O.P. Sería necesario, por otra parte, y como recuerda el Decano Carrillo Salcedo, que el legislador individualizase convenientemente las normas de su ordenamiento que pretende sean de aplicación necesaria (87).

Contrariamente a lo que se pudiera suponer, y con ello termina este primer apunte del O.P. en materia laboral Internacional, el último problema mencionado no es de gran entidad en D.L.I. Dos razones orientan a esa conclusión: la primera, la especial función de las N.A.N. en materia laboral (88); después, y no menos importante, el hecho patente de la uniformización de legislaciones a través de la obra de la O.I.T. Ambas circunstancias, en fin, conjuran, en gran medida, el peligro de particularismo tantas veces recordado a propósito de las polémicas N.A.N. (89).

(87) V. J.A. Carrillo Salcedo. D.I.P. Introducción a sus problemas fundamentales, 2ª edic, tecnos, -- 1976, p 118.

(88) V. Esta Parte, Cap II, Secc III.

(89) Sobre el O.P. en general, V: M. Aguilar Navarro D.I.P. V I, T II. Parte Segunda, Reglamentación de la aplicación de la norma de colisión, p 187 y ss; Barile: I principi fondamentali della comunità statale ed il coordinamento tra sistemi, Cedam, Padova, 1969.

SECCION III. PROBLEMÁTICA DEL D. PÚBLICO.

Se abordan bajo esta rúbrica, avanzada como ha de verse, con carácter instrumental, una serie de cuestiones que suelen suscitarse en doctrina y praxis del D.L.I. Con ellos se refleja, en el sector laboral, una polémica que se puede situar, a nivel de Teoría General del D.I.P., en materias tan fundamentales como su naturaleza jurídica, objeto, función, etc. Esta superposición exige que el tratamiento del tema haya de hacerse en base a ciertos postulados. El primero sería un estudio dual, en el que se barajen datos y opiniones de ámbito general, y sus versiones particularizadas en derecho del trabajo; después, y conectando con el sentido que se pretende para esta obra, evitar, en lo posible, la reiteración de argumentos que pueden ser tan conocidos como, por ejemplo, los utilizados al respecto de la aplicación del derecho público extranjero, segundo núcleo que será aquí objeto de reflexión. Así como este último se enfoca, por otra parte, y con ello acaba este breve empleo, con afán marcadamente constructivo, es la nota crítica la que recubre el primer apartado, en el que se someten a revisión alguno de los principios que, por diversas razones, han alcanzado la categoría de verdaderos dogmas, con la consiguiente incidencia en el Derecho de las relaciones laborales internacionales.

APARTADO I. EN GENERAL.

La distinción Derecho Público-Privado, en definitiva, la eventual inclusión de aquél en el D.I.P., es tema sobradamente clásico como para no repercutir - en la doctrina del D.L.I. (90). La propia especificidad de este, es decir, su pertenencia o no a la Parte Especial del D.I.P.: y la aplicación de normas públicas extranjeras, son cuestiones que, entre otras, se conectan muy estrechamente con aquella. Su evidente importancia requiere, pues, algunas reflexiones.

Una parte de la doctrina especializada en D.L.I. ha hecho suya la necesidad de distinguir entre D. Público y Privado a los efectos de actuar el método conflictual (91).

-
- (90) V. En general: Deby-Gerard. Le Role de la Regle de conflict dans le reglement des rapports Internationaux, Paris, Dalloz, 1973, pp 77 y ss; Goldman, Regles de Conflit. Regles d'applications immediate et Regles materielles dans l'arbitrage commercial international, en T.C.F.D.I.P., 1966-69, pp 160 y ss; Lipstein, en European P.I.L. of obligations, Mohr, Tübingen, 1975, pp 157-58; ID, The Hague Conventions on P.I.L., Public law and Public Policy, ICLQ, 1959, 512-213; Lando, en European P.I.L., cit, p 142 y ss. Mann. The doctrine of jurisdiction in International law, en Rec. des Cours 1964, I, 111, pp 71-72; Riphagen, The relationship cit, p 219 y ss.
- (91) V. por ej. Vanguas, en Annuaire de l'IDI, v. 39, 1936, T I, p 436 y ss. También, Zagreb p 457.

Consecuencia de ello ha sido indagar en la legislación laboral con vistas a encontrar algún criterio útil al respecto. Uno de los que parecen haber tenido mayor aceptación ha sido el de "interés", acogido en intentos análogos. Según él, se contraponían las leyes emanadas del Estado para sus propios fines. por ejemplo. el mantenimiento de la "paz social" (D. Público) a las que aún revistiendo carácter imperativo, regulan especialmente relaciones inter-individuales (especialmente las empresario-trabajador) (D. Privado) (92).

El especialista alemán Gamillscheg, por su parte, y operando en la distinción, propone que se tomen en cuenta a efectos de conflicto aquellas normas que, aún revistiendo carácter público, den cuerpo a un núcleo de derecho privado. Sería, por ejemplo, y dentro de las reglas cuya observancia se supervisa por las autoridades (Gewerbeaufsicht, inspection du travail, factory inspection), las de duración máxima del trabajo que, amén de ser impuestas por el Estado, incluso contra el deseo del trabajador, le dan derecho a cesar el trabajo por voluntad propia (93).

Dentro del D. Privado, por otra parte, y

(92) Cfr. Piron, Elements de reflexion pour la solution des conflits de lois en matiere de droit du travail, en D. Social, 1966, p 214.

(93) V. Gamillscheg. Labour contracts, en I.E.C.L., V. VIII, p 21.

también en Alemania, se han listado una serie de disposiciones relativas a las relaciones empresario-asalariado, como límite al despido, derecho de retribución, pactos de no-concurrencia etc, que han conformado una categoría de amplia aceptación en doctrina y jurisprudencia: el *Arbeitsstatut*, estatuto del trabajo (94).

Ocioso es recordar lo difícil, y de ello dió muestra por ejemplo el fracaso de la noción de "leyes políticas", que es encontrar un criterio de distinción que se muestre válido, no solo ya a nivel interno (95), sino internacional. Los intentos que se acaban de reflejar, por otra parte, no parecen aportar mayores ventajas. La noción de interés, por ejemplo, resulta demasiado imprecisa. En ella se basa, es sabido, la doctrina socialista precisamente para negar la distinción (96). La tesis de Gamillscheg, por otra parte, -- con ser atrayente, sugiere dificultades propias; no será siempre fácil localizar ese núcleo privado en una disposición de carácter opuesto; de ello resulta que se la haya tachado de "metafísica" (97). El *Arbeitsstatut*, finalmente, tampoco resuelve el problema. Muchas

(94) Cfr: G. Müller, op cit, pp 698 y ss; también, -- Szaszy, ILL, cit, pp 151 y ss.

(95) V. Camps Ruiz, op cit, pp 17 y ss.

(96) Cfr. Bistricky, La codification tchecoslovaque en D.I.P., en Rec. des Cours, 1968, I, 123, p 433, - nota 23.

(97) Cfr. Szaszy, ILL, cit p 156.

de sus materias son calificadas distintamente, recuerda Szaszy, según los países (98).

Su vinculación al área socialista, precisamente, impulsa a este último autor a negar la distinción a efectos del D.L.I. (99). Para superar, sin embargo, y entre otros, los problemas que, en los países occidentales, supone la pugna de calificaciones, propone una teoría general en la que se otorga hegemonía al lugar de ejecución del trabajo. Sobre ello habrá de volverse en el estudio de la ley aplicable al fondo -- del contrato de trabajo (100).

Para el italiano Vitta, en cambio, y en opinión que pudiera tomarse de ejemplo, el rechazo de la distinción en materia laboral sería la consecuencia necesaria de una visión amplia del D.I.P. (101).

El I.D.I., por su parte, ha tratado también el tema. Así, a instancias de Szaszy, los miembros de la comisión ad hoc para los trabajos previos de la citada Resolución de Zagreb, hubieron de manifestarse sobre la necesidad de distinguir, en Derecho del Trabajo, entre leyes públicas y privadas. Si bien con

(98) V. Zagreb, pp 358 y ss.

(99) V. ILL p 99-100.

(100) V. II Parte, Cap II, Secc I, ap II. También, contra, Gamillscheg, Labour contracts, cit p 22 y nota 177 allí citada.

(101) V. D.I.P. cit, p 321.

algunas vacilaciones imperó al fin, en la propia Resolución, la postura por la que se habían manifestado abiertamente especialistas de la talla de Batiffol, Francescakis, Graveson ..., de ignorar por diversas --razones, y a efectos prácticos, el tema (102). Era una cuestión de principio sobre la que, en general, no había postura oficial del I.D.I. hasta su Resolución de Wiesbaden (1975) (103), sobre aplicación del derecho --público extranjero. De ella se pueden recordar ahora --las dos primeras consideraciones previas:

"L'IDI.

Considerant la diversite des idees reg---nant, d'un systeme juridique a l'autre, quant a la validité, aux criteres et aux effets, voire a l'existence de la distinction entre droit public et droit privé;

Constatant, sur le terrain du droit comparé, la relativité et le caractere evolutif de cette --distinction, l'interpenetration croissante de ces deux branches du droit interne, les changements intervenus dans les faits et dans les idees quant au role de l'Etat, notamment dans la reglementation et la protection des interets des individus, et la gestion de l'econo--

(102) Cfr. Zagreb, p 268 y esp. p 446 y ss.

(103) V. Annuaire de l'IDI, v. 56, Session de Wiesbaden, pp 157-279, 375-411, cit en adelante "Wiesbaden".

65

mic ... " (104).

De lo anterior se puede intuir, como efectivamente pasó, que el I.D.I. abandonaba la Teoría clásica de la vocación exclusivamente iusprivatista del D.I.P.

En su Curso de la Haya de 1971 el profesor Mann se había decantado en ese sentido:

"To embark upon a course of lectures so closely concerned with public law yet to leave the nature of public law deliberately undefined, may appear unsatisfactory and perhaps even cynical. But the omission would be serious only if, in the result, the distinction between public and private law were found to carry any weight whatever, if it were to the slightest degree significant. This will not be so, nor should it be so, for legal decisions must not be allowed to turn upon verbal distinctions. Hence the academic lawyer's educational function demand a method of approach which, while respecting legal principles, avoids legal sophistry and verbal quibble. There is, in addition, a strong argument for suggesting that what may reasonably be described as public law has in recent decades everywhere enlarged its scope to such an extent as to pervade and frequently to supersede private law. Thus the distinction has become blurred and deprived of --

much of the usefulness it ~~ever~~ had. If this is so in the realm of the general body of law it would be wrong to preserve and perhaps even to intensify the distinction in the field of conflict of laws" (105).

Resulta difícil no coincidir con este autor, y máxime si se trata de una materia como el Derecho del Trabajo que, recuerda Szaszy: "fait eclater la distinction traditionnelle du droit privé et du droit public" (106). Así las cosas, la apuntada cuestión de la autonomía del D.I.I. respecto al D.I.P. pierde mucha de su importancia: abandonada ya la concepción de aquél como una subespecie de un "Derecho Público Internacional", como un Penal, Fiscal, Administrativo Internacional, etc..., sólo queda reconocerle una entidad propia que, ciertamente, ganará talla en razón de su elaboración. El D.I.P., en definitiva, y como mantiene Deby-Gerard: "alma mater de tous ces rameaux détachés, ne peut rien y perdre" (107).

Tras franquear el pórtico de la distinción D. Público-D. Privado, se entra ahora a razonar sobre unas calificaciones que de las leyes laborales han mantenido la doctrina y la jurisprudencia. Así, se dice -

(105) V., Mann, Conflict of Laws, 1971, I, cit, p 117. Subrayado propio. También, H. Batiffol, Reflexion sur la coordination des systemes nationaux en -- Rec. des Cours, 1967, I, 120, p 169-70.

(106) Cfr. Zagreb p 340.

(107) V. Deby-Gerard, op cit, p 92.

de esas leyes ser territoriales, de Orden Público o, - acaso con técnica más depurada, de aplicación necesaria. El presente estudio, escalonado por así decirlo, - responde a un afán didáctico; en realidad la cuestión se ha planteado en términos más complejos al presentarse con frecuencia como lo que un tanto frívolamente se podría catalogar de "menage a trois".

La llamada territorialidad de las leyes - laborales se puede conectar con la propia de las de D. Público. De ésta, es sabido, se ha tratado extensivamente, alcanzando en los últimos tiempos una gran intensidad en la medida en que con ella se terciaba de modo necesario en la polémica sobre la aplicación del D. Público extranjero (108). El amplio y añejo debate resulta, por otra parte, en la dificultad de encontrar - argumentos nuevos. Del tema se ha dicho por Zweigert, en metáfora que se antoja del Oscuro: "En effet, il y a entre le conflit de lois et la territorialite le meme rapport qu'entre le feu et l'eau: ou bien l'eau de

(108) V. entre otros: Deby-Gerard, op cit, pp 14 y ss; Loussouarn, Cours general de D.I.P., en Rec. des Cours, 1973 II, 139, pp 324 y s; Mann, Conflict of laws cit, pp 188 y ss. V. Hecke. Problems juridiques des Emprunts Internationaux, 2ª edic, - 1964, pp 236 y ss. En general: Miaja de la Mucla, De la territorialidad de las leyes a la nueva -- técnica del D.I.P., cuadernos de la Cátedra J.B. Scott, Univ. de Valladolid, 1977; Rigaux, Droit Public et Droit Privé dans les relations Internationales, Paris Pedone, 1977, pp 183 y ss, 295, - 403 y ss, espec. 406-407.

la territorialite eteint le feu des considerations inspirees du conflit de lois, ou bien le feu de ces dernieres fait evaporer le principe de la territorialite" (109).

La doctrina italiana del periodo corporativo hizo suya resueltamente el principio de territorialidad de las leyes de trabajo (110). En Francia fue Niboyet el más destacado en favor de la tesis (111). La doctrina contemporánea, especialmente representada por el italiano Balladore-Pallieri (112), acoge, con diversos matices, esta tradición (113).

La jurisprudencia ha admitido, en ocasiones el principio (114). Igualmente se inspira en él el

-
- (109) V. Droit International Privé et Droit Public, en R.C. 1965, p 653.
 - (110) V., por todos. Baldoni, Il contratto di lavoro - nel D.I.P. italiano, en RDI, 1932, p 369 y ss.
 - (111) V. Niboyet, Cours de D.I.P. 1946, p 612, cit por Szaszy, ILL, p 90 nota 3.
 - (112) V.B. Pallieri, Diritto Internazionale del Lavoro en Trattato di Diritto del Lavoro, Padova, 1960, p 335 y ss.
 - (113) V., entre otros, Freyria, Actes II, 461 y ss; Morelli, Zagreb II, p 303; Müller, op cit, p 696. K. Freund, Actes II, 492.
 - (114) V. por ejemplo, la sentencia Blanchard de la -- Cour de Cassation francesa, (Joc, 9-12-54), R.C. 1956, p 462; Del T.S. español, la de 2-3-66, en REDI, 1967, pp 124-127; Del mismo tribunal, 30-463, comentada por Pecourt, D.I.P. Jurisprudencia sistematizada y comentada, Eunsa, 1976, p 183 y ss.

Proyecto Europeo de Reglamento Uniforme de los conflictos de leyes en materia de trabajo (marzo de 1972) -- (115). De este último se tratará más adelante (116).

Pionero de la postura adversa, el italiano Quadri avanzaba en el 1940 una fuerte crítica (117). En el mismo sentido, se puede decir, se manifiesta la doctrina contemporánea más cualificada del D.L.I. (118).

Sobre la plasmación jurisprudencial, en general, del principio, se puede recordar la opinión del Decano P. Lalive, a cuyo sentir: "On doit tenir le concept de territorialite pour inutile ici, et meme -- malfaisant-en ceci qu'il anesthesie la pensée juridi--

(115) V. Pierre Rodiere, Le projet europeen ..., en RTDE 1973, pp 9 y ss. También observaciones de Laroque en TCFDIP, 71-73, en la discusión sobre el Rapport Lagarde: Examen de l'avant-projet de convention C.E.E. sur la loi applicable aux obligations contractuelles et non contractuelles, p 171.

(116) V. Esta Parte, Cap II, Secc II.

(117) V. Problemi Fondamentali del D.I.P. italiano del Lavoro, publicado en Jus Gentium, A. italiano de Diritto Internazionale, V. III, Napoli, 1940, y, más recientemente, en Studi Critici di Diritto Internazionale, Milano, Giuffrè, 1958, pp 271 y ss.

(118) V. entre otros: Gamillscheg, Les Principes du Droit du travail International, en adelante cit, Principes, en R.C. 1961, p 284-285; Cansacchi, op cit, pp 7 y ss, Malintoppi. Actes II, 475 y ss; Szaszy, I conflitti di Legge nei rapporti di lavoro: I criteri di collegamento, en D.I. 1967, 236 y s; ID, ILL, p 90, 96; Panebianco, op cit 21 y ss.

que et encourage les tribunaux o suivre une certaine -
pete naturelle vers la loi du moindre effort, la lex -
fori" (119).

De entre las críticas que sobre esta no--
ción se han mantenido por la doctrina, se destaca, por
su elegancia técnica, una avanzada por B. Goldman en -
el seno del Comité Francés de D.I.P. en los términos -
siguientes:

"Il est très vite fait de dire que les --
lois de droit public sont territoriales ou que le droit
du travail ou de la Securite Sociale est territorial.-
Or., quand on a dit cela, on n'a très exactement rien
dit. Cela signifie que la loi va s'appliquer si l'e-
lement caracteristique, specifique du rapport juridi--
que considéré se situe sur in territoire déterminé, --
mais il reste encore a savoir quil est cet element spe
cifique et caracteristique.

Pour prendre un exemple concret, en matie
re de droit du travail, ce que est caracteristique, --
c'est le lieu de conclusion du contrat, le siege de --
l'entreprise, ou le lieu d'execution du travail. Pour
ordonner une partie des rattachements possibles, vous
arrivez a dire: la loi francaise du travail est terri-
toriale. Mais il faudra savoir si, par la, on entend -

(119) V. Wiesbaden, p 168; Del mismo autor, Le Droit
Public etranger et le D.I.P., Rapport, en Tra--
vaux C.F.D.I.P. 73-75, pp 228 y ss.

qu'elle s'applique a tous les contrats conclus sur sa territoire, a toutes les activites exercées sur sa territoire ..." (120).

En terminos escuetos, el I.D.I. aporta en su Resolución de Wiesbaden lo que tal vez sea el "coup de grace" para esta teoria:

2.

II. "Le Pretendu principe de l'inapplicabilité a priori du droit public étranger, comme celui de son absolue territorialite, principe invoqué, sinon appliqué, par la jurisprudence et doctrine de certains pays:

a) n'est fondé sur aucune raison theorique ou pratique valable.

b) fait souvent double emploi avec les principes de l'ordre public.

c) est susceptible d'entrainer des resultats peu souhaitables et peu conformes aux exigences actuelles de la colaboration internationale" (121).

Toca ahora estudiar la tesis, preferentemente jurisprudencial, según la cual las leyes laborales son de Orden Público. Antes se impone, sin embargo,

(120) V. Travaux CFDIP, 1962-64, p 129.

(121) V. Anexo II.

precisar que los tribunales, lejos de adoptar un punto de vista unitario, han entendido aquél, principalmente, como sigue: a) O.P. Interno; b) Internacional; c) Leyes de policía; d) leyes de aplicación necesaria. Entendiéndose, sin embargo, que una vez mas se usa aquí un criterio clasificador; en la práctica se produce usualmente en las sentencias, una verdadera acumulación de motivos. Así, por ejemplo, advierte A. Toubiana, en la sentencia de la Cour de Paris de 2-X-63, se utilizan - por el Tribunal a la vez tres de las nociones listadas anteriormente, presentándose "en passant" a la norma de conflicto como un elemento perturbador del tráfico jurídico externo, en curiosa retorsión de principios (122).

La noción de las leyes de trabajo como de O.P. Internacional se suele trazar, fundamentalmente, a la jurisprudencia italiana de la época corporativa - (123). Tras ese periodo, se detecta, sin embargo, en sentencias aisladas (124).

(122) V. A. Toubiana, Le domaine de la loi du contrat en D.I.P., Paris, Dalloz, 1972, pp 212 y s.

(123) V. p. ej. Morgan C United Press, App. Roma, 3-5-37, Cass, 18-4-39; Peraudo C United Press, Cass, 19-5-39; Veldorn C Roracher, App Venezia 8-8-31; Kazmann C Rappresentanza U.R.S.S. trib. Milano, 14-1-32; Ilovy C Murphy, App. Milano, 19-XI-32. Wirth C Mecheri, App. Roma, 3-5-37; cit. todos por Vitta, D.I.P. cit, p 333, notas 40-41.

(124) V. p. ej. Brazzoduro C Cassa di Risparmio de -- Fiume, trib. Venezia, 26-7-49; Soc. per azz. Imprese italiane all'Estremo Oriente C Oggeri Breda, App. Milano, 15-4-52; Baronci C Ispedale del

El T.S. hace suya esta tesis cuando en --
sentencia de 2-3-66 dice:

"... máxime cuando se trata de una cues--
tión de naturaleza laboral en la que predomina el prin--
cipio de territorialidad como consecuencia de su carác--
ter tuitivo lindante con el orden público internacio--
nal, aludido en los artículos 8 y párrafo 3 del artí--
culo 11 del Código Civil" (125).

Como la de la territorialidad, esta tesis
fué criticada por la doctrina inclusive durante su má--
xime vigencia. A diferencia de aquella, sin embargo, --
el consenso de los autores en contra era notorio (126).
En el mismo sentido se manifiesta, por otra parte, la
doctrina contemporánea (127).

Bambino Gesu, Trib. Roma, 17-XII-56; cit por --
Vitta, D.I.P. cit p 337, nota 42; Pret Napoli, --
26-2-1966, cit por Cottrau, op cit, p 225, nota
20.

(125) Cit en nota 114.

(126) Cfr. Quadri, I problemi, cit, p 281 y nota 12 --
allí citada.

(127) V., entre otros: Cottrau, op cit, p 225-26 y aut.
cit en nota 22; Cansacchi op cit, p 16; Frances-
cakis, Lois d'application immediate et droit du
travail, en R.C. 1974, p 283-84; Ballardore-Pallig-
ri, D. Internazionale, cit, p 337; Szaszy, I con-
flict of laws in the western, socialist and deve-
loping countries, Sijhoff, Leyden, 1974, p 143,-
Malintoppi, Actes II, 479; Quadri, loc cit en no-
ta 126; Vitta, ID, en nota 123. También, en gene-
ral, D. Gerard, op cit, pp 18 y ss; Toubiana, op
cit, p 211 y ss; Mann, Conflict of laws ... cit,
pp 123 y ss; Loussouarn, op cit, p 325; En dere-
cho interno: Camps, op cit, pp 82 y ss.

La nota común de las posturas de rechazo a esta última teoría es, principalmente, la crítica de la desvirtuación de la propia categoría O.P. Internacional. Se dijo ya, en definitiva, que es posible individualizar algunas normas en las que se plasman los principios cuya vulneración motivan la actuación de aquel. Extender ese carácter a todo un Ordenamiento laboral o a un sector completo dentro del mismo es, sin duda, excesivo; en la práctica lo que se busca es acordar al foro una extensión desmesurada, habida cuenta que su legislación se aplicaría de manera exclusiva -- sin más contacto con el caso concreto que, ex hipotesi, su propia declaración de competencia, por ejemplo, a partir del domicilio del actor. En este punto, sin embargo, es preciso recordar como la jurisprudencia -- comparada, en reiteradas ocasiones (como la Dizier del tribunal de Milan), ha denunciado la práctica (128).

La doctrina que considera a las leyes laborales como de aplicación necesaria recibió un impulso renovado a partir de la Réplica del Ministro Francés de Finanzas al Diputado M. Palmero con fecha 24-3-59; en ella se decía que: "les dispositions législatives et réglementaires relatives aux conditions de travail sont applicables sans discrimination a tous les établissements situés sur le territoire français, meme

(128) Cfr. por ej., Las citadas por Szaszy, ILL, p 181.

s'ils appartiennent a une entreprise dont le siege social se trouve a l'etranger (129).

El T.S. español también se ha decantado -- por esta postura. En sentencia de 30-XII-66 se dice -- del Ordenamiento laboral:

"... al tratarse de un ordenamiento jurídico social, que en cierta forma puede ser asimilado a una ordenación de policía y seguridad en cuanto consagra inalienables derechos de los trabajadores por razones no solo de seguridad colectiva, sino de insoslayable acatamiento a principios de justicia social" (130).

En doctrina esta tesis se asocia, en sus términos más acabados, a la postura del italiano A. -- Malintoppi (131). Resumiendo su pensamiento, según Can- sacchi, para este autor:

"le nostre norme de diritto del lavoro --

-
- (129) Cfr. Szaszy. Ib. p 91. También, Piron, op cit, pp 213 y ss.
- (130) Cit por M. López en Anuario de E.S. de Granada, 1977, p 203. También St. Mollo, RDIPP 67, 741.
- (131) V. de este autor: Note sulla recente dottrina -- italiana di D.I.P. (1952-53), in Comunicazione -- e Studi, V, Milano; Actes II, 479-80; Norme de -- applicazione necessarie e norme di diritto inter- nazionale privato in materia di rapporti di la- -- voro, in RDI, 1962 p 278 y ss. También: ID, Com. a St Tassy-Betz, RDI, 1962, 277 y ss; V. Hecke, Principes, 454; PAU. Limiti ... RDI, 1969, 497-500.

sarebbero, quasi tutte norme "di ordine pubblico interno" o norme "di diritto pubblico"; quindi norme ad -- "applicazione necessaria", cioè territoriale esclusiva in oggetto a tutti i rapporti de lavoro svoltosi in territorio italiano" (132).

Ha sido otro profesor italiano, Pocar, el que ha prestado mayor atención a refutar esta tesis -- (133). Mas adelante habrá lugar de estudiar in extenso su construcción (134), una de cuyas líneas maestras, -- sin embargo, sería análoga a la avanzada aquí no ha mucho respecto al O.P. Internacional: las N.A.N. han de ser individualizadas cuidadosamente; de no hacerse así son fáciles de preveer consecuencias tan inadmisibles como las evidenciadas en aquel entorno.

Cabe pensar, en fin, si una generalización de este tipo no puede propiciar sentencias como la -- "Bloch" de la Cour de Cassation francesa, en la que se llega a hacer prevalecer el estatuto V.R.P. como de aplicación necesaria sobre un tratado, plenamente vigente, entre Francia y Suiza (135).

Dado que, según parece, la distinción D.

(132) V. Cansacchi, op cit, p 8.

(133) V. Pocar, Norme di applicazione necessaria e conflitti di legge in tema di rapporti de lavoro, -- en RDIPP, 1967, p 734 y ss; ID, La legge, cit, -- p 738 y ss.

(134) V. Esta Parte, Cap II, Secc III.

(135) V. Cass, 22-XI-72, RC, 1973, p 565 y ss, nota Battifol; J. Clunet, 1973, 721, nota G. Lyon-Caen.

Público-Privado se muestra inoperante, la territoriali-
dad, en el mejor de los casos, ambigua. y estas últi-
mas concepciones del O.P. poco menos que nocivas tal -
vez fuera mejor si se aceptase a nivel general la pro-
puesta de Lalive al IDI: "(aquel) ferait oeuvre utile,
au moins sur le plan critique. en écartant du chemin -
le "bois mort" de dogmes dépassés" (136).

(136) V. Wiesbaden p 183.

APARTADO II. APLICACION DEL D. PUBLICO EXTRANJERO.

El acotamiento que desde la óptica laboral se presenta como más interesante al tema propuesto estará formado por dos miembros: por una parte la toma en consideración de las disposiciones autolimitadas de la *lex causae* extranjera; por otra, en fin, la eventual actuación de las disposiciones imperativas de terceros derechos, entendiéndose por éstos los distintos al causal y al del foro. Se entra ahora en ello con unas breves consideraciones previas, de alcance general, sobre el propio encabezado.

El debate sobre la aplicación del D. Público extranjero, abierto tal vez de forma solemne en este siglo por Fedozzi en su Curso de la Haya de 1929 (137), ha interesado en los últimos tiempos, de forma notable, a dos colectivos de la categoría del Comité Francés de D.I.P. y el propio I.D.I. Un miembro de ambos, el suizo P. Lalive, viene de tiempo destacándose por sus estudios sobre el particular, habiéndose erigido en defensor a ultranza de la visión amplia del D.I.P. a la que, por supuesto, se vincula la problemática

(137) V: Fedozzi, De l'efficacite extraterritoriale des lois et des actes de D. Public, en Rec. des Cours 1929, II, pp 145 y ss.

del D. Público (138).

La doctrina del D.L.I., por su parte, refleja en su seno la división que, a nivel general, ha venido existiendo al respecto (139). Lo más destacable, sin embargo, es la diferencia de opinión entre los dos tal vez mayores especialistas, el húngaro Szaszy y el alemán Gamillscheg. Para aquél, la aplicación -

-
- (138) V: Lalive, Droit Public étranger et O.P. Suisse, en Eranion Maridakis, 1964, V. III, p 184 y ss; también, Sur l'application du droit Public étranger, en A. Suisse de Droit International, 1971, p 103 y ss; Rapports al Comité français y al IDI, cit respect. en notas 119 y 103.
- (139) Se muestran partidarios de la aplicación, entre otros: Marin López, S. Social y D.I.P., en REDI, 1972, pp 227 y ss; Gamillscheg, Principes, cit, p 677 y ss; Szaszy, Determination of the Applicable law in case of Conflicts between statutes of Public Law character in Western literature, en Scritti per Gaspare Ambrosini, 1970, V. III, pp 2093 y ss; Valladao, Zagreb 306. En contra: Morelli, ib, II, 303; Goldschmidt, op cit, passim. V. también, en general: Lipstein, European PIL, p 137; Sauveplanne, ib p 190; V. Hecke, Foreign Public law in the courts, en R. Belge de D.I. -- 1969, pp 62 y ss; Mann, Conflict of laws cit, pp 182 y ss; H. Eek, Peremptory Norms and PIL, en Rec. des Cours, 1973, II, 139, pp 25 y ss; Loussouarn, op cit pp 163 y ss; Quadri, Leggi politiche e D.I.P., en Studi Critici, cit, pp 363 y ss; Sperduti, Droit International Privé et droit public étranger, en J. Clunet, 1977, pp 5 y ss y nota 5; Miaja, El Derecho Público Extranjero en el tráfico jurídico Internacional, en REDI, 1972, pp 247 y ss; Freyria, La notion de conflit de lois en Droit Public, en T.C.F.D.I.P., 62-64, pp

del derecho extranjero ha de hacerse en bloque, con la reserva de O.P. Internacional; el profesor alemán, en cambio, y a partir de la categoría de leyes públicas con un 'núcleo privado, establece un complejo sistema - en el que se consideran diversas situaciones como el - que el trabajo se ejecute en el territorio del foro o en el extranjero, que sea su ley la que rija el contrato, etc. (140).

Ya en Zagreb pareció decantarse el IDI -- por la aplicación; tal parece desprenderse del art. 6 de su citada Resolución en la materia:

"Par loi applicable au sens des disposi-- tions qui precedent, il faut entendre non seulement - les lois et reglements, mais encore, a condition qu'e- lles soient legalement applicables, les conventions co llectives du travail, ainsi que les usages professio-- nels" (141).

Tras la citada Resolución de Wiesbaden, y

103 y ss; Kalensky, Jus Cogens and the law of -- international trade, en Essays on the law of In- ternational trade, T.M.C. Asser Institut, The Ha gue, 1976, pp 49 y ss; L. Lucas, op cit p 763 y s; Rigaux, op cit, pp 161 y ss; Lando, Contracts, en IECL, V. III, Ch, 24 pp 108 y ss; Batiffol, - L'avenir del D.I.P., Rapport al IDI, 1973, pp - 162-164.

(140) V. respect. locs cit en nota anterior.

(141) V. Anexo I

en lo que respecta al I.D.I., no parece haber lugar a dudas. En el mismo sentido, por otra parte, se está -- orientando la jurisprudencia. Podrán ilustrar el punto las sentencias Thuillier, citada páginas atrás, y la - Jousse (142), emanadas recientemente de la Cour de Cassation gala.

Resumiendo lo hasta aquí expuesto, se puede decir que existe un movimiento cada vez más amplio en favor de la aplicación de D. Público extranjero y, subraya Malaurie, con el D. Laboral como arquetipo -- (143). De cualquier modo, esta última consecuencia no parece fortuita; aparte de la escasa relevancia en materia laboral de posibles perturbaciones como, vgr. -- los hechos del príncipe (144), lo cierto es que los -- tribunales se muestran cada vez más remisos a rechazar como "odiosas" leyes que, en lo fundamental, son análogas a las propias.

Toca ahora entrar en el primer núcleo propuesto: aplicación de normas autolimitadas de la lex - causae. Se entra con ello en el terreno, precisamente, de una de las disposiciones de Wiesbaden sobre la aplicación de Derecho Público:

(142) Cit en nota 29.

(143) V. TCEDIP, 73-75, 251.

(144) V. P. ej.: Ob. Gerischof, Austria, 22-10-57, -- Clunet, 1959, 973; Cass. 8-5-74, R.C. 1975, 452 y ss, nota P. Mayer.

"IV. La portée de la règle et des déclarations qui précèdent n'est en rien affecté par le fait que le droit étranger considéré comme public demeure -- moins fréquemment appliqué pour diverses raisons et -- principalement:

b) parce que la disposition étrangère a -- une portée limitée au territoire du législateur dont -- elle émane et que cette limitation est en principe respectée" (145).

Esta cuestión, a la que obviamente se liga con la eficacia territorial de las leyes, ha merecido especial atención por parte de la doctrina anglosajona (146) y, particularmente, para el profesor italiano Rodolfo de Nova, tan vinculado con aquella (147).

(145) V. Anexo II.

(146) V. entre otros, Kahn-Freund, General Problems, -- vid cit, 241 y ss; Lipstein, General Principles of P.I.L. en Rec. des Cours, 1972, I, 135, p 205-206; ID, Inherent Limitations in statutes and -- the conflict of laws, en ICLQ, 1977, pp 884 y ss; D.S.T.L. Kelly, Localising Rules and differing Approaches to the choice of law process, en ICLQ 1969, pp 248 y ss; Mann, Statutes, cit, pp 117 y ss; ID, The proposed New Law of Exemption clauses and the conflict of laws, en ICLQ, 1977, pp 903 y ss; ID, The Doctrine of Jurisdiction, cit pp 63 y ss.

(147) V. Conflicts des lois et normes fixant leur propre domaine d'application en Melanges Maury pp -- 377 y ss; Ancora sulle norme sostanziali "autolimitate", en D.I., 1959, pp 500-502; Norme autolimitate e autonomia delle parti, en D.I. 1971, --

La dificultad del tema desaconseja entrar en materia sin algún ejemplo previo que lo ilustrase.- Se tomarán dos del área británica. El primero pertenece al Draft Bill sobre Exemption Clauses (England and Wales), que se cualifica especialmente para la materia laboral al comprender supuestos de accidentes de trabajo. En su clausula 13 dispone:

"(1) Subject to the following subsections, nothing in this Act applies to a contract whose proper law

a) is that of England and Wales only by the choice of the parties; and

b) would aparte from that choice be the law of some other country (148)".

pp 239-252. También, entre otros: Deby Gerard, - op cit, pp 71 y ss; Toubiana op cit, pp 203 y -- ss; Marín López, Normas de aplicación necesaria en D.I.P., en REDI, 1970, pp 35-37; Ballarino, La doctrine italienne de D.I.P., en Comunicazione e Studi, XI, p 530-533; Sperdutti, Funzione delle norme di diritto internazionale privato e rilevanza interna degli atti stranieri d'amministrazione pubblica del diritto privato, en Rivista di diritto processuale, 1951, III, cit por Pau, I problemi generale del D.I.P. nella recente dottrina italiana, en Comunicazione e Studi, IV, 495 nota 40. Francescakis, la theorie du Renvoi; Sirey, 1958, nº 70 y ss; Gothot, Le renouveau de la tendance unilateraliste en D.I.P., R.C. 1971, 218 y ss.

(148) Cfr. Mann, The Proposed New Draft ... cit p 905.

En la sentencia Sayers, ya citada, también entran en juego consideraciones de limitación. Así, además de indagar sobre el ámbito de vigencia de la Law Reform, (Personal Injuries) Act 1948, que junto a la Jones Act americana, BBA holandesa, Estatuto VRP francés y otras leyes se estudiará en el marco de las N.A.N. - (149), se trata por el tribunal acerca de la competencia de la ley Holandesa, Proper Law, del contrato. En el caso concreto, ésta anularía, a efectos internos, - una determinada clausula de exoneración de responsabilidad presente en el contrato de Sayers. La compañía alega, sin embargo, que la ley holandesa sólo se refiere a los contratos internos, dejando fuera de su ámbito a los llamados "Internacionales". El tribunal dió - por buena esta teoría, basada como se ve, en una curiosa limitación a partir de la calificación internacional (150).

El problema se plantea, pues, en los términos siguientes: ¿es necesario o no respetar la voluntad de aplicación de la lex causae? Un rastreo doctrinal daría, tal vez, tres tipos de respuestas. Para unos la cuestión se plantea en términos análogos al --- reenvío. propiciando lógicamente el rechazo de éste el de las reglas autolimitadas. Otros, en cambio, sin --

(149) V. Esta Parte, Cap II, Secc III.

(150) V. Lipstein, Inherent Limitations, cit, p 895.

mediar ese rechazo de principio estarán propensos a ignorar simplemente la limitación. Una última orientación, en fin, considera adecuado aplicar la norma extranjera tal cual es, incluso a costa de su eventual inaplicación.

Piénsese, por ejemplo, en un determinado contrato de trabajo en el que se haya dado referencia expresa a la ley británica. En la hipótesis ese es el único contacto con el sistema inglés. En los concisos términos del Draft citado líneas atrás, éste no regirá el supuesto. Falta saber ahora si esa consecuencia es deseable. Para Mann, desde luego, no:

"It can be suggested without exaggeration that this subsection as it stands is unique in the history of law, whether English or foreign. It states in effect that provisions which English law considers -- fair and reasonable are not available to parties who -- have chosen English Law, when they ought to or might -- have allowed non-English law to govern. English substantive justice is thus reserved for those who, independently of any choice of law, are subject to or have contracted under English law. If, as one must presume, the bill expresses such social and legal policy as --- this country thinks just and proper, it excludes from its benefits persons who, as still seem often to happen, have chosen English law for the very reason that they have faith in its being the embodiment of what is just and reasonable ...

Indeed, the perversity inherent in subsection I has not, it is believed, occurred to any legislator before or anywhere else ...

... One can only hope that Parliament -- will be sufficient watchful not to sanction it. The benefits of English law should be available to anyone -- accepts its burdens" (151).

Caso de sostenerse esta redacción de la ley, que duda hay de que el juez extranjero vería difícil ignorar la limitación. El caso aquí es claro; la mayoría de las veces, sin embargo, las leyes no se manifiestan sobre su vigencia o lo hacen en términos vagos. Así, por ejemplo, cabe un cierto escepticismo sobre el sentido que la Court of Appeal dió a la ley holandesa en el caso Sayers. Lo más probable, para De Nova, que lo ha comentado, es que el art. 1638 (IV) del C.C. Holandés, que anularía la cláusula, se aplica incluso en contratos conectados con otros órdenes legales (152).

Una toma razonable de principio parece, -- en definitiva, aplicar la ley extranjera lo más conforme a como lo haría su propio juez. De cualquier modo, sin embargo, en bastantes ocasiones la tarea se mostrará difícil.

(151) V. Proposed New Draft, p 908-909.

(152) V. Norme autolimitate cit p.151

644
C. I.

Puede darse el caso, por ejemplo, de un trabajador al que se desplaza de un país con un estándar laboral adecuado a otro en el que no se da esa condición. Allí sufre un accidente. Entabla por ello demanda en el país de origen de acuerdo a sus leyes, rectoras del contrato. Se le opone entonces que éstas no trascienden de las fronteras y, por tanto, son inaplicables al caso. Esta hipótesis se han dado en reiteradas ocasiones y como se verá, vgr, al mor del B.B.A. - holandés. Los tribunales de ese país, por sistema, no aplican esa norma a los despidos en relaciones de trabajo regidas por la ley patria pero ejecutadas en el extranjero. Y ello porque "no se afectan los intereses socio-económicos que existen sobre el mercado holandés de trabajo" (153). En estos casos se puede pensar en una proclividad hacia las enseñanzas del decano Lalive. Para este, en efecto, el argumento de la aplicación de la ley extranjera conforme a su voluntad no es más que relativo, habida cuenta de que el D.I.P. suele apropiarse de leyes que, debido a la diferencia de las conexiones en las normas de conflicto, no regirán el caso concreto (154). O bien, abundar sin más en las reflexiones del magistrado Bellet:

"... quand on applique une loi étrangere,

(153) V. loc. cit en nota 149. También, ejemplo de Mann, Statutes cit pp 129-130.

(154) V. Wiesbaden pp 162-63, 238 y ss; También, TCFDIP 73-75, pp 229.

on lui fait dire quelque chose pour lequel elle n'est pas faite, parce que le juge du for trouve cela pratique, il trouve que c'est le moindre mal, et, en matière judiciaire comme dans la vie, c'est le moindre mal qu'on applique. De même, quand on applique le droit public étranger, c'est parce qu'on trouve que c'est bien, il y a une formule toute prête qui est en droit public étranger, on la prend même si elle n'était pas spécialement faite pour cela. Nous avons rendu un arrêt un peu complexe, dans lequel nous avons admis qu'une loi française pouvait s'appliquer contractuellement, alors qu'elle était limitée par le législateur français à la métropole et nous avons décidé de l'appliquer en dehors de la métropole. C'est un peu différent, mais je crois que quand on a un texte autolimité mais que l'on trouve bien fait qu'il est possible dans la cause de l'appliquer; je ne vois pas pourquoi le législateur ou le juge ne pourrait pas dire: je prends cette règle -- que a le mérite d'exister" (155).

En otras ocasiones, en cambio, la aplicación de la ley extranjera se haría extremadamente difícil (por su vinculación con una actuación administrativa, vgr la ley belga sobre consejos de empresa en el caso Wagons-lits-Cook, estudiado por Francescakis) -- (156), o, simplemente, injusta. En un país A, por ejem

(155) V. TCFDIP, 73-75, pp 248-249.

(156) V. Lois d'application immédiate et droit du travail, en R.C., 1974, pp 273 y ss.

plo, las condiciones climáticas hacen particularmente peligrosos determinados trabajos. En base a ello se establecen por la ley ciertas gratificaciones. Aplicar - estas en el extranjero sería, sin duda, abusivo.

La cuestión, en fin, no es mas que clásica del D.I.P.; es decir, imposible de suscitar una respuesta automática. Dentro de una postura de principio, el respeto a la ley extranjera, el juez tendrá que considerar muchos factores: si las partes han hecho elección expresa o no; si la limitación esconde un interés legítimo o es, simplemente, una de las muchas fórmulas rituales con las que el legislador parece convencerse a sí mismo de su poder; que en el Ordenamiento del foro haya una ley semejante a la que se suela dar alcance extraterritorial ... etc. Una vez más será el criterio judicial el que dé la medida de las cosas. De cualquier modo, y para evitar resultados como el de "Sayers", convendría hacer recaer la carga de la prueba, en términos estrictos, sobre la parte que alega la limitación.

Pudiéndose trazar sus orígenes a la problemática de posguerra sobre los controles de cambios, la tesis de la aplicación de las normas imperativas de terceros derechos sobre el negocio jurídico, también - llamados de la "conexión especial de las leyes de policía", se vincula en sus inicios y alcanza su mayor desarrollo en el seno de una cualificada parte de la ---

doctrina alemana (Wengler, Zweigert, Lorenz, Niederer, ...) (157). En época reciente, y con diversos matices, se percibe su influencia, por ejemplo: en el ap. 187 - del II Restatement americano; el art. 7 de la Convención de la Haya sobre la Ley Aplicable en materia de - Accidentes de Circulación; el art. 13 de la ley uniforme anexa al tratado Benelux de 1969; el art. 7 del Ante-Proyecto de Convención sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales y extracontractuales, de la Comisión de C.E.E. Ultimamente se refleja, también, en el art. 12 (AGB-Gesetz) de 9-12-76, RFA, y en el 16 de la Convención de la Haya sobre la ley aplicable a los contratos de intermediarios y a la representación --- (158).

En materia laboral destacan el parr. 3 -- del art. 2 del Ante-Proyecto C.E.E., citado, y el art. 7 de la Resolución del I.D.I. de Zagreb. El primero de ellos establece que:

-
- (157) Cfr: Mann, Conflict of laws cit, pp 157 y ss; -- Miaja, El D. Público extranjero cit, pp 259 y ss.
- (158) V. Respect: Restatement Second, p 561 y ss; Actes et Documents de la Onziem Session, tome III, La Haye, 1970, pp 143-146, 191, 211-212; V. Hecke, Les travaux de l'Institut de Droit International sur les conflits de lois en matiere de Droit du travail, en REDI, 1972, pp 198; E.P.I.L. of obligations, cit, pp 141-42, 277-279. Art. 12, (AGB-Gesetz) y el 16 de la Haya, respect, R.C. 1977, pp 636 y ss, nota Hoffman; 642. También, Skowsky Obligations et commerce exterior des pays socialistes, en Rec. des Cours, 1972, II, 136, p 561 y ss.

"Toute fois, dans les relations de travail, le choix des parties ne peut en aucun cas porter atteinte aux dispositions impératives protectives du travailleur, en vigueur dans le pays où il accomplit habituellement son travail" (159).

Los corchetes significan, en este caso, - que una delegación no se mostraba de acuerdo al respecto (160).

El artículo 7 de Zagreb, por su parte, se lee así:

"Quand le contrat ne s'exécute pas sur le territoire de l'Etat dont la loi le régit, il peut être tenu compte des lois et règlements du lieu d'exécution dont le caractère implique l'application obligatoire à tout travail exécuté sur le territoire" (161).

Las dos propuestas, como se vé, responden al mismo propósito, enfatizándose un tanto la protección en el párr. 3, art. 2 del Ante-Proyecto. Referente al art. 7, se pueden desprender, por ahora, varias conclusiones. La primera es que esas leyes y reglamentos no son sino N.A.N. Por otra parte, tanto en la elección del Orden Jurídico del que emanan las normas, como en los efectos de éstas, se puede apreciar el ---

(159) Cfr. en E.P.I.L. of Obligations, p 221.

(160) V. Observ. de Giuliano, ib, p 265, También, TCFDIP 71-73, pp 153 y ss.

(161) V. Anexo I.

acierto del I.D.I. En efecto, centrándose en el lugar de ejecución, además de retener, a estos efectos, el ordenamiento más importante, se sale al paso de las posibles críticas que, basadas en la imposibilidad de apreciar todos los órdenes jurídicos que se estimen competentes, se suele hacer a la tesis de que se trata (162). El artículo se alinea, así, vgr, con el art. 12 de la ley alemana y el 7 de la Convención de Accidentes, en las que se resalta la vinculación territorial. Con respecto a los efectos, por otra parte, la fórmula adoptada "il peut étre tenu compte", propicia lo que Panebianco defiende como "Coordinación entre la ley local y el contrato" (163), ("contemperamento" para Mosconi) (164), resultando además, según V. Hecke, en que: " ... le juge ait les coudées franches a cet egard et ne se sente pas obligé d'appliquer integralement ou de rejeter integralement les lois d'application immediate etrangeres" (165).

(162) V. en este sentido, y además de los autores citados en nota (152); Lipstein, Inherent Limitations, p 898; Lalive, Wiesbaden, 173. Comp. Goldman, Les champs d'application territoriale des lois sur la concurrence, en Rec. des Cours, 1969, III, 128, pp 722 y ss.

(163) Op cit pp 188-192.

(164) V. Mosconi. La Risoluzione dell'Istituto di Diritto Internazionale sui conflitti di leggi in materia di lavoro, en RDI, 1972, p 267.

(165) V. Les travaux, cit, p 200.

Este tema, como el de la autolimitación, se vincula, en definitiva, al arbitrio judicial. La -- conclusión que, ciertamente, es de esperar encuentre -- dudas, cuando no franca hostilidad, pudiera aceptarse sin violencia, si se piensa, como hace siglos expresó Lord Mansfield:

"Discretion when applied to a court of -- justice means sound discretion guided by law. It must be governed by will, not by humour; it must not be arbitrary, vague and fanciful; but legal and regular".

La reciente creación en la R.F.A. de una jurisdicción "ad hoc" de D.I.P., apoyará, tal vez, un desarrollo en este sentido.

RESUMEN DEL CAPITULO

Un primer avance sobre el Favor Laboris - lo muestra como Principio General profundamente enraizado en Doctrina y Jurisprudencia.

Dentro de los Correctivos Funcionales se opta, con respecto a la Calificación, por una contractual de los accidentes de Trabajo. Del Orden Público, - por otra parte, defendido aquí en su concepción tradicional como "clausula de reserva", hay que destacar -- principalmente, y en sus relaciones con las Normas de Aplicación Necesaria, una especie de inhibición mutua, trazada a partir de algunas notorias decisiones judiciales.

La problemática del D. Público se liga, - en fin, a una visión amplia del D.I.P., superadora de antiguos dogmas, en la que el eclecticismo radica de modo natural en la actuación del Juez.

CAPITULO II.

COMPLEJO NORMATIVO.

Dos observaciones previas a este capítulo: por su vinculación al tema de Extranjería se excluye aquí, también, el de las llamadas "normas materiales"; las N.A.N., ha de verse, ejercen, por su parte, una influencia más que considerable en el seno de este complejo normativo.

SECCION I. CONSTITUCION.

El vivo debate que existe en la actualidad a partir de las relaciones de la Constitución con el D.I.P. parece propiciar, a los fines de este trabajo, y en este punto, una aproximación en dos fases: en la primera se estudiará la influencia que en materia - laboral internacional, y a todos los niveles, ejerce - la Constitución; después se intentarán inferir unas no - tas sobre las que se precise su estructura y función - dentro del esquema de fuentes del D.L.I.

A efectos laborales, y sin olvidar la experiencia alemana, centrada, como se sabe, principalmente en derecho matrimonial, se propone aquí para estudio la situación en dos países: USA e Italia. Siendo grande en ambos la influencia de la Constitución sobre las relaciones laborales internacionales, existe, sin embargo, una importante diferencia en cuanto a los fines: en N. América la Constitución desempeña a este -- respecto lo que es su función general, coordinar las - competencias estatales; en Italia, en cambio, y tras - asumirse el problema de la emigración. se trata de incluir ésta, a todos los efectos, en la cobertura constitucional. Este enfoque dual, compenetrado con las -- propuestas fases de estudio, podrá, en la medida de -- las modestas posibilidades de este trabajo, esclarecer

en algo un tema que, se ha dicho, está en el centro de una amplia polémica, habiéndose incluido, además, como uno de los aspectos de la crisis del D.I.P.

APARTADO UNICO.

Se centra ahora el problema de la repercusión en materia laboral de la Constitución U.S.A., con un cotejo de sus clausulas ad hoc, y las Workmen's Compensations Acts, apuntadas ya en materia de calificaciones. Aquellas son, se puede recordar: por un lado - la Full Faith and Credit y la Due Process; por otro la Equal Protection y la Privileges and Immunities Clause. Entre ellas se establece, a nivel general, un proceso dialéctico que, con Kegel, se resume así:

"Constitutional law reigns supreme where there is no local interest present. Should a foreign - state possess an interest, then under the Full Faith - and Credit Clause and the Due Process Clause the law - of the foreign state must be applied; should no foreign state be interested, then under the Equal Protection Clause and the Privileges and Immunities Clause domestic law is to govern" (1).

(1) Kegel, The Crisis, cit, p 175.

En el campo específico de las W.C.A. los problemas se plantean del siguiente modo: en unos casos se tratará de conocer el ámbito territorial de aquellas; en otros, que se presentan con bastante frecuencia, el asalariado puede obtener a la vez compensación de acuerdo a las leyes de dos o mas estados; finalmente, pueden haber diferencias en cuanto a la cuantía de la indemnización, las partes a las que cubre y, además, los efectos de las compensaciones en orden a poder intentar una acción contra terceros (2). Todo ello, en fin, se refleja en otros tantos artículos del Restatement II, cuya autoridad justifica aquí una detallada toma de consideración. Su artículo 181, citado - páginas atrás, se lee, en extenso, como sigue:

§

"181. Permissible range of territorial application. A state of the United States may consistently with the requirements of due process award relief to a person under its workmen's compensation statute, if

- a) the person is injured in the state, or
 - b) the employment is principally located in the State,
- or
- c) the employer supervised the employees activities -- from a place of business in the State, or

(2) Restatement II, p 536-37.

- d) the State is that of most significant relationship to the contract of employment with respect to the -- issue of workmen's compensation under the rule of § § 187-188 and 190, or
- e) the parties have agreed in the contract of employment or otherwise that their rights should be determined under the workmen's compensation act of the State, or
- f) the State has some other reasonable relationship -- to the occurrence, the parties and the employment" (3).

Como se vé, se ofrece de este modo un amplio margen de posibilidades a la actuación constitucional de una determinada W.C.Act. Dentro de la dinámica del Restatement, por otra parte, el caso sub (f), - sería clásico. En él se incluirá, por ejemplo, el Estado donde el empresario tiene su sede principal, y ello en tanto que estas compensaciones se orientan a asegurar que el costo de los accidentes será pagado por la empresa como parte de los de producción (4).

De entre la jurisprudencia citada al respecto por Reese, destaca por su notoriedad el caso Alaska Packers Association V. Industrial Accident Commission, 294 U.S. 532 (1935). En él se estableció que -- California, donde el contrato de empleo se concluyó, y donde se desarrollaron actividades por el empresario,

(3) Ib, p 537.

(4) Ib, 538.

podría, constitucionalmente, otorgar compensación bajo su W.C. Act, por un accidente sufrido en otro lugar y por un no-residente que tenía que prestar sus servicios fuera de aquel Estado (5). Sobre este caso se ha podido decir lo siguiente:

"On the one hand, there is force in the argument..., that a state may reasonably draw the line of classification where its interest ~~end~~. On the other hand, there is persuasiveness in the argument -- that the very purpose of the federal union, and specifically of the Privileges and Immunities Clause, was -- to avoid the "painful cycle" of provincialism, retaliation, and reciprocity to which such classifications -- may lead, and that each state must therefore extend to citizens of other states the benefits that it provides for its own" (6).

En realidad, concluye Kegel, siempre es -- posible para un Estado establecer cargas para sus residentes ... Lo que sería anticonstitucional en el caso listado, por ejemplo, el gravar con la compensación a un empresario que tampoco fuera residente del Estado; -- o en frase de Currie: "In the pursuit of its altruis--tic interest, a state ~~must~~ stop short of trenching u--pon the interest of other states ..." (7).

(5) Ib. 540.

(6) Cfr, Kegel, op cit pp 173-74, nota 4.

(7) Ib, 174.

Con respecto al segundo grupo de problemas, el Restatement establece en su § 182:

"Effect of two statutes governing Injury. Relief may be awarded under the workmen's compensation statute of a State of the United States, although the statute of a sister State also is applicable" (8).

Se le ofrece así al asalariado oportunidad incluso de iniciar acciones en lugares diferentes; por supuesto que las indemnizaciones son compensatorias entre sí.

Concluye ahora este breve apunte con la consideración que, respecto al tercer orden avanzado, propone el Restatement:

§ "183. Availability of Remedy for tort or wrongful Death. A State of the United States is not precluded by the Constitution from providing a right of action in tort or wrongful death by the fact that the defendant is declared immune from such liability to the plaintiff by the workmen's compensation statute of a sister State under which the plaintiff:

a) Could obtain an award against the defendant, or

b) has obtained or could obtain, an award against another person (9).

(8) Restatement II, p 542.

(9) Ib 543.

Con esta última proposición, que sin duda debe plantearse con matizaciones, fuera de lugar aquí, sin embargo, se completa un panorama que, principalmente aparece como bastante liberal. Interesa retener, en fin, el que a través de determinadas cláusulas, la Constitución U.S.A. Interviene de forma apreciable en un sector tan significativo dentro del D.L.I. como el de los accidentes de trabajo. En páginas posteriores, y desde otro enfoque, se volverá sobre el particular -- (10).

La relevancia, a efectos del Trabajo Internacional, de la Constitución Italiana, se estudia a continuación a partir, principalmente, del análisis -- propuesto por Panebianco. Para este autor, la concepción actual se origina tras un proceso generalizado cuya primera fase sería, por ejemplo, la de las llamadas "constituciones breves".

Dentro de la concepción del Estado como una "corporación" (territorio-pueblo-gobierno), la norma constitucional regula, fundamentalmente, su organización pública. De aquí que los problemas de coordinación con las leyes extranjeras, definitorios del D.I.P., estén fuera de su competencia. La Constitución, norma

(10) V. Parte II, Cap III, Secc I, ap II, también, en general, Kahn-Freund, General Problems, cit, pp 206-220. V. Hecke, Principes cit, p 426-28.

pública por excelencia, se desinteresa, por así decirlo, de las relaciones privadas y, por extensión, de las imbuídas de internacionalidad.

Contra esta tesis argumenta Panebianco en dos frentes: en primer lugar, se defiende una separación demasiado rígida entre el aparato estatal y la comunidad de base, la Constitución, en definitiva, transciende también al mundo del "derecho privado"; si, por otra parte, y es éste un argumento de carácter formal: "Se le norme della Costituzione hanno rango di norma primaria rispetto a quelle ad esse subordinate presenti nell'ordinamento, cio vale per tutte le norme di grado "ordinario", nessuna esclusa", Incluyéndose en éstas, por supuesto, las de D.I.P. (11).

En una nueva fase, el Estado Fascista con lleva una incidencia peculiar sobre el tema tratado. - Panebianco la resume en términos de gran acierto: "Improntato a particolari esigenze, il nostro sistema faceva prevalere allora lo spirito della non-colaborazione con i diritti stranieri, ritenendoli capaci di alterare la sua interna armonia, stimata valore essenziale per la disciplina del lavoro svolto in Italia" (12). - Así las cosas, no es de extrañar que en esta época, e incluso sobreviviéndola, se desarrollase en grado máximo la teoría de la "territorialidad de las leyes laborales", ya estudiada, que encontraba en la Constitución

(11) V. Panebianco op cit pág. 51-54.

(12) Ib, p 55.

su principal apoyo. Como una extensión de esta tesis - se suele citar la de Venturini, basada en la calificación, por vías constitucionales, de las relaciones de trabajo como "legales" y, de ahí, pertenecientes al 2 párr. del art. 25 C. Civile. Aún teniendo sobre la anterior la ventaja de la bilateralidad, no parece poderse admitir, incluso contra la doctrina laboralista dominante, la calificación legal de la relación de trabajo (13).

Considerada por Panebianco como reacción frente a las anteriores, se origina en doctrina la tesis que somete la incidencia de la Constitución en D. I.P. a través del O.P. Los criterios varía, sin embargo, a la hora de dar a este un valor positivo o negativo. Esta última nota, y el hecho de que, según el especialista italiano, la solución quiera eliminar un problema perteneciente a la competencia legislativa, como es el ámbito de la Constitución, mediante el uso de la cláusula de O.P., método jurisprudencial por excelencia, le mueven, en definitiva a rechazar también esta postura (14). El paso siguiente es tratar sobre la que él propone.

Para Panebianco, y tras una indagación -- comparativa, la Constitución Italiana, considerada como un verdadero estatuto de los ciudadanos, se presenta como uno profesional respecto a los que trabajan en

(13) Ib. 61-62; también: Balladore-Pallieri op cit, pp 344-46; Szaszy. I.L.L. p 92.

(14) V. op cit, pp 68-73. También, Müller, op cit, p 702-703.

el extranjero. De ahí el mandato que, a todos los niveles: legislativo, administración pública, entes provinciales, sindicatos, etc. representa, especialmente, — los arts. 35, 1-4, 36, 37, 38, 39 de la Constitución, — en orden a la cobertura de aquellos. Así, el legislador, por ejemplo: "... attraverso la creazione di apposite regole ovvero attraverso un'opportuna finalizzazione di quelle già esistenti, dovrà, nell'ordine giuridico italiano assicurare protezione ai rapporti (anche contrattuali) dei propri cittadini: e, cioè, potrà fare con scelta di mezzi e di modi che paiono lasciati alla sua discrezione per la disciplina più o meno completa di situazione "nazionali" nella loro struttura: disciplina italiana formale di rinvio al diritto straniero o sostanziale in sostituzione od integrazione di questo, ma sempre condizionata allo scopo di protezione (cioè, ad es, controllando che un altro Stato assicuri effettiva protezione a tali rapporti senza discriminarli con quello dei suoi nazionali, oppure assicurando immunità rispetto all'applicazione di diritti -- stranieri oppure supplendo ad eventuali carenze di -- questi ultimi: comunque sempre facendo prevalere tali esigenze dello status professionale sull'applicazione — pura e semplice delle norme internazionalprivatistiche ex art 25 disp. prel. Cod. Civ.)" (15). La medida de la protección vendrá dada por el cotejo del art. 35.4 (La

(15) Op cit, pp 73-79. Asimismo, Vitta, op cit, p 331.

República tutela el trabajo en el extranjero) con el - 3, en el que se plasma el principio de Igualdad. Este resulta en una paridad de condiciones entre los trabajadores italianos, independientemente de donde realicen su función. Obviamente se han de manejar aquí niveles mínimos. De tal modo, recuerda Panebianco, la Corte Costituzionale, en sentencia de 26-5-1971, Giacomazzo c Inps ha resuelto conformemente el problema de -- las "Integrazione di pensione estere-libiche... sino -- alla misura minima di quelle italiane" (16).

El principio de Igualdad, y su entorno -- constitucional, también se vió en Zagreb, pero en un -- contexto ciertamente distinto. En el art. 6 del Proyecto Provisional de Resolución (luego abandonado) se decía:

Art. 6

"Il est desirable que l'Etat reconnaisse l'égalité en droits, avantages et garanties des travailleurs nationaux sauf les exceptions d'ordre constitutionnel pour des raisons de sûreté et des hauts intérêts de l'Etat" (17).

A partir de la obra de Ballarino, en la

(16) Ib. p 79-81, nota 31. También, Pocar, La legge applicabile, cit, p 745.

(17) V. Zagreb, p. 331.

que media el análisis de la jurisprudencia alemana ---
 (18), se intenta ahora extraer unas conclusiones generales para cotejarlas con lo obtenido hasta el presente.

Según este autor, los arts. 35-40 de la Constitución Italiana además de indicar explícitamente su esfera de aplicación: "... Si applicano, a nostro avviso, al lavoro prestato in Italia da un lavoratore straniero anche se il rapporto è soggetto ad una legge straniera" (19). Si, además, y en general, las normas constitucionales poseen una "eficacia reductiva" respecto del O.P., e incluso actúan con preferencia al sistema de conflicto dada la: "... rilevanza che si attribuisce -per l'evoluzione della coscienza giuridica della collettività- a certi valori iscritti nella costituzione quali vengono estesi, anche non senza limitazione, alle fattispecie aventi elementi di estraneità" (20), se podrá concluir, sin mucho riesgo, que las --

(18) V., por ej: Diritti Individuali Garantiti dalla Costituzione ed Applicazione del Diritto Straniero in una recente sentenza tedesca, en D.I., 1971, - 308-310. También: Puente Egido, Comentarios sobre una sentencia del Tribunal Constitucional de la R.F.A., en Anuario de D. Internacional, II, pp - 725 y ss; Juenger The German Constitutional Court and the Conflict of laws, en A.J.C.L., 1972, pp - 240 y ss; Jayme, La Costituzione tedesca e il D.I.P. in Allemagne Federale, en R.C. 1974, pp 5 y ss; K. Freund, General Problems, cit, p 231-34.

(19) Costituzione e D.I.P., Cedam, Padova, 1974, pp 160.

(20) Ib. p 185. Del mismo autor, Costituzione e DIP, en

normas constitucionales aparecen como de aplicación necesaria. Y esto, incluso, si refiriéndose al 35.4 italiano, que Ballarino interpreta muy forzosamente como enfocado al trabajo en Italia. Puede darse el caso, y así se reconoce ampliamente (21), que la norma de aplicación necesaria disponga de una competencia extra-territorial.

De aceptarse esta calificación se saldría al paso de la tesis de Gamillscheg, según la cual: "Je crois donc que la Constitution, pour autant qu'elle a des effets de droit civil, est, elle aussi, soumise a la reserve qui restreint ces effets aux seuls cas ou le droit interne est d'une maniere generale applicable en vertu des regles du conflit de lois. Meme la Constitution est subordonnée au droit International Privé" -- (22). Desde esta perspectiva, por otra parte, cabe acuerdo completo con Francescakis cuando, comentando la importante decisión sobre el Comité de Empresa de Wagons-Lits dice: "... Mais le Conseil d'Etat s'est --

D.I., 1970, pp 46 fine, 46-7. También, Wengler, - Der Mythos von der lex fori, in ius Privatum Gentium, Festschrift für M. Rheinstein, Tübingen, -- 1969, I, p 308, cit por Panebianco, op cit p 71. Prosperetti, La Natura delle norme del Diritto del Lavoro italiano in relazione all'ordinamento comunitario ed all'ordinamento internazionale, en RDIPP, 72, p 724-25.

(21) V. Este Capítulo, Secc III, ap I.

(22) V. Principes, p 280.

attaché a l'esprit de l'ordonnance de 1945. Il a lu -- l'ordonnance a la lumière du préambule de la Constitution de 1946, auquel renvoie l'actuelle Constitution - de 1958. "Tout travailleur participe par l'intermédiaire de ses délégués, a la détermination collective des conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises". Il a tenu compte des réalisations législatives de ce principe et il n'a pu être insensible à la - convergence actuelle des opinions sur la nécessité de - promouvoir encore ce principe dans le cadre de la communauté étatique française" (23).

La calificación como de aplicación necesaria para las normas constitucionales referidas al D.L. I., que ciertamente se presenta como mas razonable, no conduce, en sus efectos prácticos, a resultados diferentes al menos respecto a la tesis de Panebianco e, - incluso, a la de buena parte de la doctrina (principalmente alemana) que pregona el carácter de O.P. Internacional de las normas constitucionales. Tanto esta última, como la del especialista italiano se basan, en definitiva, en una coordinación (Koppelung) entre la ley interna y la extranjera (24). Como habrá de verse, no es otro el proceder de las N.A.N. en D.L.I. (25).

(23) V. Lois d'application, cit.

(24) Cfr. Panebianco, op cit, p 71, nota 27.

(25) V. este capit. Secc III, ap II.

SECCION II. NORMAS DE CONFLICTO.

Contrariamente al resto de los componen--
tes del esquema normativo del D.L.I., las normas de --
conflicto no presentan, de por sí, problemas particula--
res. Esto que, en definitiva, no es sino consecuencia
lógica del arraigo, a nivel general, de la propia cate--
goría, pudiera justificar, tal vez, la remisión pura
y simple del tema al D. comparado (obligada con res--
pecto a la obra de Szaszy) (26). De cualquier modo, y
en tanto que de ello se puedan extraer conclusiones --
que confrontar con el entramado general de este traba--
jo, se estudian ahora una serie de normas que, por una
causa u otra, atraen especialmente la atención. Si en
todo muestreo hay un riesgo de arbitrariedad, sin em--
bargo, no será este, desde luego, caso aparte.

APARTADO UNICO.

Con unas reflexiones sobre su § 196. Se -
completan ahora las referencias al tratamiento por el

(26) V: I.L.L. cit, pp 16 y ss; I conflitti de legge -
cit, Passim, The Proper law of labour contracts,
ICLQ 1968 pp 11 y ss; Conflicts of law in western,
socialist, and developping Countries, pp 117 y ss.
también: Gamillscheg, Labour Contracts, cit, pp 3
y ss.



Restatement II de las relaciones laborales. Aquel dispone:

"196. Contracts for the Rendition of Services

The validity of a contract for the rendition of services and the rights created thereby are determined, in the absence of an effective choice of law by the parties, by the local law of the State where the contract requires that the services, or a major portion of the services, be rendered, unless, with respect to the particular issue, some other state has a more significant relationship under the principles stated in § 6 to the transaction and the parties, in which event the local law of the other state will be applied" (27).

Destaca especialmente, y como se desprende del comentario oficial, que este epígrafe incluya las relaciones de las llamadas "profesiones liberales" (28), aparte de dirigirse a trabajos sedentarios; "... For this reason, the rule of this section is unlikely to aid in the determination of the law governing contracts for employment aboard a ship sailing the high seas or to serve as a traveling salesman in two or more states. The same is true when the work called for by the contract can be done in any one of two or more

(27) V. Restatement II, 623; también Zagreb, pp 235 y ss.

(28) V. Restatement, II, 623.

states" (29). Quiere esto último decir que, a la pos--tre, se omiten los supuestos verdaderamente problemáti--cos del D.L.I., que son, de modo particular, los im--buidos de movilidad. Desde esta óptica hay que enten--der, por otra parte, la referencia común en el Restate--ment, a un eventual estado con "more significant rela--tion-ship". Este podría ser, según el comentario cita--do, el que teniendo una relación estrecha con respecto a la transacción y las partes, convalidase el contrato, inválido según el estado de prestación de los servi---cios. Mediaría en ello, por supuesto, un equilibrado - análisis de los intereses de ambos estados. El espfri--tu liberal del Restatement con respecto a la conserva--ción del empleo, se ilustra al admitirse esta posibili--dad de convalidación. En vez de sujetar las formas a - la lex causae (§ 190), por ejemplo. resulta ésta dedu--cida a partir de las válidas (30).

El artículo 9 C. Navigazione 1942, ha in--cendido en gran medida en el desarrollo de la doctrina italiana del D.L.I., cuya trascendencia, por otra par--te, se puso ya de manifiesto. En él se dice que: "I --contratti di lavoro della gente del mare., del persona--le navigante della navigazione interna e del personale dell'aeromobile, sono regolati dalla legge nazionale - della nave o dell'aeromobile, salva se la nave o l'ac--

(29) Ib, p 624.

(30) Ib. pp 625-26.

romobile e di nazionalità straniera, la diversa volontà delle parti".

Resumiendo en cuanto a la ley aplicable -- el significado de esta norma, que se presenta un sí es no es confusa, se puede decir que la ley italiana, nacional, regirá los contratos respecto a navios etc, -- propios, y, eventualmente, si las partes lo han decidido, navios ... extranjeros. La ley extranjera, por su parte, y respecto exclusivamente a navios extranjeros, regirá tanto a título de ley nacional, como de ley elegida por las partes (31).

A partir de este artículo, el prof. Giuliano ha visto, y basándose en su carácter de norma -- única sobre las relaciones laborales internacionales -- en derecho italiano, una tendencia de éste a regular -- los trabajos ejecutados en Italia... Las obligaciones derivadas de contratos de trabajo: "debbono intendersi sempre ed in ogni caso regolate, nell'ambito del nostro ordinamento, dalla legge del luogo in cui il lavoro viene normalmente prestato, salva la diversa volontà delle parti se il lavoro debba venire normalmente -- prestato all'estero" (32). Diferenciándose de tesis -- clásicas (calificación extracontractual, leyes italianas como "territoriales" etc) en el sentido de dar entrada a la consideración del D. extranjero, ésta de --

(31) V. Vitta, DIP, cit, p 324, 325, 28.

(32) V. Pocar, La Legge applicabile, p 737-38.

Giuliano tiene el mismo propósito: aplicar imperativamente la ley italiana a los trabajos ejecutados en ese país.

La doctrina italiana, en definitiva, ha rechazado esta extensión analógica de una norma encaminada a relaciones tan específicas como las del personal aéreo y marítimo (33).

Al margen de querellas doctrinales, y con ello concluye este apunte al art. 9, hay que resaltar el hecho de que, tal vez de acuerdo a la situación en que fue promulgado, se instituya un "doble standard" - en favor de la ley italiana que, por evidente, no exige mayores precisiones (34).

La Ley Polaca de D.I.P. de 12-XI-65 sugiere unas consideraciones de interés. En su artículo 33, y tras haberse admitido la autonomía de voluntad en el precedente, se establece que:

"1. Cuando las partes no han hecho elección, la relación de trabajo se somete a la ley del --

(33) V. ant. cit en notas 31, 32; también: Malintoppi, Actes II, 477, 78; Corrado, Trattato di diritto del lavoro, Torino, 1965-69, I, 454 y ss.

(34) V. también, arts 4 y 5 C. de Navegación de la U. Soviética; 17 Ley belga de 5 de junio de 1928; -- art 265 Merchant Shipping Act, Inglesa, 1894; art. 5 del Código francés de Navegación; art. 1, Seemannsgesetz, 26-7-57, cit en Zagreb, p 338. Asimismo, art. 202, ley Albanesa nº 3920, 21-XI-64, ib, p 233-34. Conetti, Il D.I.P. della Navigazione --

Estado donde las partes tienen su domicilio en el momento de la creación de esta relación. Cuando el trabajo era, debía ser, o es efectuado en la empresa del empleado, la ley de sede de ésta es aplicable en lugar de la del domicilio. 2. Cuando las partes no tienen domicilio en el mismo Estado y cuando no han elegido la ley aplicable, se aplica la ley del Estado donde el trabajo era, debía ser, o es efectuado" (35).

Destaca especialmente, y ello justifica su mención, siquiera breve, el que se considere en este artículo como primer criterio supletorio al de autonomía, precisamente el de domicilio común. Al punto es preciso recordar, y habrá de verse, (36) que los criterios personales están en la actualidad, a efectos de trabajo, en franca decadencia. La precisión temporal ("en el momento de la creación ...") da medida, por otra parte, de buena técnica jurídica (37).

marittima in Polonia, en RDIPP, 1972, 450 y ss, - 472, nota 48.

(35) V. Marín López, en A. de E. Social de Granada, -- 1977, p 187, nota (10).

(36) V. Parte II, Cap II, Secc II, ap II.

(37) V: Rajski, the new Polish Private Int Law, en -- ICLQ, 1966, pp 457 ss y en p 468; Lasok, The Polish System of P.I.L., en AJCL, 1966-67, p 350. -- También, art. 16, Ley Checa D.I.P., 4-12-63, cit por Gamillscheg Labour Contracts, p 4, nota 4.

Ultimamente, la R.D.A. ha promulgado una nueva ley sobre D.I.P. (5-XII-75) en cuyo art. 27 se lee:

"(1). Las relaciones de trabajo son gobernadas por la ley del estado del lugar principal de gestión del empresario.

(2) Si el lugar de trabajo está situado en el estado de residencia habitual del empleado, la ley de ese estado gobernará la relación de empleo.

(3) La ley aplicable según los párrafos 1 y 2 aquí citados, también gobierna la capacidad para ejecutar un contrato de trabajo y los requisitos de forma" (38).

De tenerse que resumir este artículo en pocas palabras, se podría decir, quizás sin mucho riesgo, que es la plasmación "tel quel" del pensamiento del prof. húngaro Szaszy. Y ello, sobre todo, por la supresión de la autonomía de voluntad y la asimilación de forma y capacidad (para ejecutar un trabajo) a la *lex causae*. De todo ello se habla extensamente en los capítulos I y II de la Segunda Parte de este trabajo. Allí se emplaza, pues, su discusión.

Dentro del nuevo Título Preliminar del --

(38) Cfr., AJCL, 1977, p 362. También, Juenger, The Conflicts statute of the German Democratic Republic. An Introduction and translation, ib. p 332 y ss, 350.

C.C. Español, el art. 10.6 se ocupa de la regulación de las relaciones laborales internacionales:

"A las obligaciones derivadas del contrato de trabajo, en defecto de sometimiento expreso de las partes y sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 8, les será de aplicación la ley del lugar donde se presten los servicios".

En su comentario a esta norma, el prof. Ortiz-Arce expone lo que puede ser muy bien defecto fundamental de la misma: el desfase entre los criterios de competencia jurisdiccional y legislativa (39). Es de destacar, también, el que se haya omitido (y de ahí aquella escasez) la reglamentación de las situaciones móviles que, como se ha dicho, son las mas transcendentes, y cualquier rastreo jurisprudencial lo demostraría, en D.L.I.

Del panorama comparado sobre la normativa conflictual de las relaciones laborales se toman ahora sendos proyectos enmarcados en el ámbito C.E.B. El primero es el de Reglamento del Consejo con fecha 23-3-72. sobre los conflictos de leyes en cuestión de relaciones de trabajo en el interior de la Comunidad (40).

(39) V: Com. al 10.6, en Comentarios a las Reformas del C.C., tecnos, 1977, pp 529 y ss. También, Martín López op últ. cit, pp 193 y ss; Remiro Brotons, Com. al 10.6, en Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales, V.I, Ed. Rev. de D. Privado, Madrid, 1978.

(40) V. el Texto en RTDE, 1973, pp 152-155.

Para el francés Lyon-Caen:

"1. Le principe est qu'un contrat de travail est régi par la loi en vigueur au lieu de l'établissement (loi du lieu d'exécution du travail). Une règle uniforme de conflit est ainsi établie et le libre choix disparaît. Ceci vaut pour la loi, les usages, les conventions collectives, la jurisprudence.

2. Les parties peuvent à tout moment par écrit, convenir de la loi qui régit leur contrat. Ce retour à l'autonomie est possible:

- à raison de la position particulière du salarié (cadre supérieur);

- à raison de la nature de son travail -- (spécialiste de haute qualification).

3. En cas de détachement (au sens du --- Droit de la Sécurité Sociale des migrants) le Droit -- applicable reste celui en vigueur au lieu où est située l'entreprise qui a détaché le salarié.

4. En cas de transfert ou mutation durable dans un autre établissement, la volonté des parties peut décider par écrit de maintenir le Droit qui s'appliquait au contrat d'origine.

5. Le salarié exerce-t-il son activité -- dans le territoire de plusieurs États? Les parties peuvent choisir par convention écrite la loi applicable -- (loi d'un des pays où s'exerce l'activité, loi de la --

residence permanente du salarié, loi du domicile de l'employeur ou du siège de l'entreprise).

6. Au cas où la loi en vigueur au lieu de travail aurait été écartée (números 2, 3, 4 ci-dessus), il n'en demeure pas moins que s'appliquent à tout travail les dispositions locales sur: le repos, le travail de nuit, les jours fériés; la durée maximale du travail; le congé; le salaire minimum..." (41).

Casi coetáneamente, la Commission C.E.E. presenta un Ante-Proyecto de Convención sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales y extracontractuales, citado en este trabajo en el marco de la aplicación de normas autolimitadas (42), en cuyo art. 5 se lee:

"A défaut de choix explicite ou implicite, les contrats de travail sont régis par la loi du pays

a) Ou le travailleur accomplit habituellement son travail

b) ou se trouve l'établissement qui a embauché le travailleur si ce dernier n'accomplit pas son travail dans un même pays,

(41) V. Lyon-Caen, Européen, cit, p 228. También, P. - Rodière: Le Projet européen de règlement uniforme des conflits de lois en matière de relation de travail, RTDE, 1973 pp 4 y ss; Marín López, op ult. cit, pp 192-193.

(42) V. art. 2 (3), esta Parte, Cap I, Secc III, ap II.

a moins qu'il ne resulte de l'ensemble -- des circonstances que le contrat de travail presente -- des liens plus etroits avec un autre pays" (43).

Tal vez sea mediante el cotejo de ambos -- Proyectos, al igual que se verificó en vivo debate en el seno del Comité Français de D.I.P. (44), como se -- les pueda comentar mejor. Así, importa destacar, prime-- ramente, la diferencia en su ámbito respectivo. El P.

(43) V. European P.I.L., en general, y p 222. También: Batiffol, Projet de Convention C.E.E. sur la loi applicable aux obligations contractuelles, en -- RTDE, 1975, pp 181 y ss; Collins, Contractual O--bligations: the E.E.C. Preliminary Draft Conven--tion on Private International law, ICLQ, 1976, pp 35 y ss, esp. 54-56; Foyer, L'avant-Projet de Con--vention CEE sur la loi applicable aux obligations contractuelles et non-contractuelles, J. Clunet, 1976, pp 555 y ss; Haak, International Contract -law and the Draft E.E.C. Convention, NILR, 1975, 183 y ss; Jessurun D'Oliveira, International Con--tract Law, ib, p 144 y ss; id, "Characteristic -- Obligation" in Draft E.E.C. Obligation Convention, AJCL, 1977 pp 303 y ss; Kahn-Freund, La notion an--glaise de la "Proper law of the Contract" devant les juges et devant les arbitres, en R.C. 1973, - pp 607 y ss; Nadelmann Impressionism and Unifica--tion of law: the E.E.C. Draft Convention on the -law Applicable to Contractual and Non-Contractual Obligations, en AJCL, 1976 pp 155; Van Der Elst, L'Unification des regles de Conflit des Lois dans la C.E.E., Foro Italiano, 1973, 249; M. Weser, -- Convention communautaire sur la competence judi--ciaire et l'execution des decisions, Paris, Pedo--ne, 1975, pp 501 y ss.

(44) Rapport de P. Lagarde y discusión subs. en Examen

de Reglamento se dirige a los trabajadores provenientes de la C.E.E.; de aprobarse la Convención, por otra parte, esta podría actuarse en las relaciones con terceros Estados. La filosofía de ambos, además, difiere de forma notable. El Proyecto de Reglamento, profundamente territorialista, consagra un estricto principio de paridad de trato; la Convención, al otorgar un mayor margen a la autonomía de voluntad (restringida a una simple opción en el otro caso), provee a un mayor respeto a los intereses de las partes, protegiendo a la vez al asalariado mediante los arts. 2 (3) y 7. En el Proyecto de Reglamento, en definitiva, se aprecia una actitud hostil hacia el derecho extranjero, tanto más difícil de explicar en países con standards muy similares. amén de un cierto clasismo. sobre el que se habrá de volver (45). Todo lo anterior conduce a preferir la solución del Ante-Proyecto que, por su parte, comporta por ende una mayor conformidad con la práctica jurisprudencial de los países comunitarios, grandemente basada, es sabido, en la autonomía de voluntad (46).

de l'avant Projet de Convention C.E.E. sur la loi applicable aux obligations contractuelles et non contractuelles, TCFDIP, 1971-73, 147 y ss., p 164 y ss.

(45) V. Parte II, Cap II, Secc III, ap I.

(46) V: Pocar, La Legge cit, p 750 y ss; Gamillscheg - en Rabels Z. 1973, pp 284 y ss. También, Jurisp. cit, en Europeen, pp 389-91. En Marzo del presente

La observación de las normas de conflicto en materia laboral sugiere, y con ello acaba este apunte sobre ellas, si, en realidad, y con las excepciones de contratos de embarque, etc, es preciso, en definitiva, que existan con independencia de las normas generales sobre contratos. Caso de ser éstas suficientemente amplias y flexibles parece que se impone una respuesta negativa. Al fin y al cabo, los tribunales de la mayoría de los países salen adelante sin ellas; lástima -- que, en lo sucesivo, los nuestros no puedan hacer lo propio.

año se ha modificado el Draft, ampliando su vocación autonomista; con ello queda prácticamente en suspenso la viabilidad del Proyecto de Reglamentación.

SECCION III. NORMAS DE APLICACION NECESARIA.

En línea con lo practicado en la Sección anterior, se estudian en la primera parte de ésta algunos ejemplos, particularmente relevantes, de N.A.N. Hecho esto, será en el apartado II donde habrá lugar de preguntarse sobre la función de aquellas en D.L.I.; a esa sede se remite, de forma natural, la cuestión del método.

APARTADO I. EJEMPLOS.

Se divide esta indagación en sendas partes, grosso modo referidas a los países anglosajones y al Continente. Antes, sin embargo, unas precisiones entorno al primer núcleo.

En su Rapport al II Congreso Internacional de Derecho del Trabajo, (Ginebra, 1957), el oxoniés Kahn-Freund listaba ya estas normas como uno de los factores causantes de la escasa transcendencia, en el área anglosajona, de la problemática laboral internacional:

"I. There are three main reasons why little attention has so far been paid in the United King

dom to problems of the Conflict of laws in relation to Employment, viz:

c)... the refusal to apply to statutes as distinguished from common law rules the ordinary criteria of the conflicts of laws" (47).

El tema jurisdiccional, por otra parte, - se vincula estrechamente con la aplicación de estas leyes. El sueco Eek aporta una reflexión interesante --- cuando, al comentar la postura de Ehrenzweig sobre la utilización jurisprudencial de la Jones Act, que se estudia a renglón seguido, dice:

"The Jones Act is this presented by Ehrenzweig as peremptory, and one might ponder the question whether the jurisdictional reasoning by the Supreme Court was not a device to remedy the fact that the legislator had left open the question of the spatial - or personal limits of the Jones Act and thereby not -- indicated whether it was meant to be, as Ehrenzweig -- seems to mean, applicable with the exclusion of foreign laws or, in other words, peremptory" (48).

Conviene pues, en definitiva, retener entre sus justos términos la referencia a la jurisdicción;

(47) V. Actes II, 483. También, Francescakis, Zagreb, 502.

(48) V. op cit, pp 62-63. Subrayado propio.

máxime cuando, es sabido, se trata de un método ampliamente utilizado en estos países para eludir problemas de conflicto de leyes, como se prueba, por ejemplo, en materia de divorcio.

Concluyendo este breve emplazamiento, hay que decir que las W.C. Acts, referidas anteriormente, pueden entrar, sin mayores dificultades, en la categoría de N.A.N., en mas de una ocasión (49). En tanto -- que ya tratadas, sin embargo, ceden ahora el paso, y -- para ampliar la perspectiva que aquí se ofrece, a --- otras leyes, no menos interesantes. La primera de ellas, se ha dicho, es la Merchant Maritime Act, conocida como "Jones Act". Esta otorga indemnización eventualmen- te a : "any seaman who shall suffer personal injury in the course of his employment". Para Ehrenzweig: "This language in terms includes all foreign seamen injured on any foreign vessel in any foreign country" (50). -- Los tribunales, y especialmente el Supremo a partir -- del caso Lauritzen V Larsen, estudiado aquí en el marco de los accidentes de trabajo (51), han debido establecer unas limitaciones que, según el mismo autor, se

(49) V. Sentencias sobre W.C. Acts, británicas, en -- Dicey and Morris, The Conflict of laws, London, - Stevens, 9 edition, p 756 y allf, nota 43. Tam--- bién, Swedish Workers Protection Act, ib.

(50) V. P.I.L. General Part, Sijthoff, 1972, p 208.

(51) V. Parte II, Cap III, Secc I, ap II.

podrían enunciar así: "Thus, they accorded its benefits to all American seamen wherever injured or employed, and all foreign seamen injured on American ships, whether the ship was of American registry or only owned by Americans flying a foreign flag of convenience. Although authority was divided, it appeared that the Jones Act was to protect even foreign seamen injured on foreign ships if the injury took place in American waters, except only where the voyage was between foreign ports" (52).

Con respecto a la aplicación de la Jones Act según el criterio de control efectivo de la nave por americanos (american allegiance of the shipowners), Ehrenzweig detecta, en este punto tan significativo, una cierta tendencia de los tribunales, consolidada en las sentencias, hacia una interpretación restrictiva de la citada ley (53). A finales de esta década, sin embargo, se produce la importante decisión de la Corte Federal de Apelación del 5 circuito (*Hellenic Lines Ltd v Rhodites*, 412 F2d 9,9 (5 cir. 1969)), que, según recoge el profesor italiano S. Carbone en un documentado estudio y, al ampliar de nuevo la utilización de la Jones Act: "... Sembra così, rappresentare un ulteriore passo della giurisprudenza americana verso una progressiva diminuzione della rilevanza della legge --

(52) V. *op ult. cit.*, p 209.

(53) *Ib.* p 210.

della bandiera in riferimento a tutte quelle ipotesi -
 in cui la policy della legislazione statunitense ri-
chiede la applicazione delle norme sostanziali del fo-
ro" (54). La policy que menciona el italiano parece ser,
 en definitiva, el mantener el principio de igualdad --
 (de trato respecto a los marinos extranjeros residen--
 tes en N. América, y económica con referencia a los ar
 madores en esa situación) amén de ~~controlar~~ la evasión
 de la ley por el procedimiento de los pabellones de --
 complacencia.

El hecho de ser una norma material con --
 una esfera de competencia ampliada, a resultas de la -
 influencia de una policy fundamental del Estado, y, so
 bre todo, de imponerse a ley habitual al respecto, ley
 de bandera, lleva a considerar esta norma, parece que
 sin grave riesgo, como de aplicación necesaria (55). -
 Lo mismo se puede decir, tal vez, de la Seamen's Act -
 de 4 de marzo de 1915, 38 Stat, 1164.

Según la Supreme Court U.S.A. a partir de
 su sentencia Benz V Compañía Naviera Hidalgo, S.A., --
 353 U.S. 138 (1957), por esta ley: "... the Congress -
 declared the prohibition applicable to foreign vessels

(54) V. Carbone, Legge della bandiera e diritto del --
lavoro in alcune recenti decisioni statunitensi, -
 en RDIPP, 1970, p 184. Subrayado propio.

(55) V. también: De Nova, Conflicts de lois ... cit, p
 382; Mann, the Doctrine of jurisdiction ... cit, -
 pp 66-67; V. Hecke, Principes cit, p 457.

"while in waters of the U. States" (56). Aunque al --- principio esta ley no se aplicaba: "When the contract and payment were made in a foreign country where the law sanctioned such contract and payment ..." (57), -- tras una modificación a su Secc. 4, en 1920, si se hacía respecto a "Seamen on foreign vessels while in harbours of the United States ..." (58), es decir, con in dependencia de la ley contractual, pabellón, etc. Así las cosas, y en *Strathern Steamship Co. V Dillon*, 252 U.S. 348 (1920), la Supreme Court tuvo ocasión de decir:

"Taking the provisions of the Act as the same are written, we think it plain that it manifests the purpose of Congress to place American and foreign seamen on a equality of rigth in so far as the privileges of this section are concerned, with equal opportunity to resort to the courts of the U.S. for the enforcement of the Act. Before the amendment... the right to recover one-half the wages could not be enforced in face of a contractual obligations to the contrary. Congress, for reasons which it deemed sufficient, amended the Act so as to permit the recovery upon the condition named in the statute" (59).

(56) Cfr. Rothman, Actes II, p 436.

(57) Ib. p 437.

(58) Ib.

(59) Ib. sub. propio.

Tras una de sus decisiones de 1928 (Jackson), recuerda el alto Tribunal: "Soon thereafter several proposals were made in Congress designed to extend the coverage of the Seamen's Act so as to prohibit advancements made by foreign vessels in foreign ports. A storm of diplomatic protest resulted. Great Britain, - Italy, Norway, Denmark, the Netherlands and Canada all joined in vigorously denouncing the proposals. In each instance the bills died in Congress" (60). Hay que congratularse, sin duda, de que el legislador americano - rechazase esta benévola versión jurídica del Big Stick.

La antítesis de estas leyes parece plasmarse en la National Labor Relations Act sobre la que, en circunstancias análogas a las anteriores, ha sido - esta vez la Supreme Court quien resistiese la tentativa de ampliar su vigencia (61).

La Law Reform (Personal Injuries Act) -- 1948, británica, se trajo a colación, como se recordará, en el entorno del O.P. (62). Quedó allí patente --

(60) Ib. subrayado propio. V. también: Truck Act, Inglesa, 1831, cit por Eek, op ult. cit, p 66; Ehrenzweig, op ult. cit, p 210-211; Duncan V Motherwell Bridge and Engineering Co., 1952 S.C., cit - en Dicey, op cit, p 755 nota 35.

(61) V: National Labor Relations Board V Sociedad Nacional Marineros de Honduras 18-2-63, 372 U.S. 10, e Incres Steamship Company V International Maritime Workers Union, ID, 372 U.S. 24, R.C. 63, 743 - nota Bonassies. También: Francescakis, Quelques -

que la Court of Appeal (St. Sayers) había pasado simplemente por alto la posibilidad de inferir un principio de O.P. Internacional de la ley citada. Lo que no parece haber duda, por contra, es su carácter de norma de aplicación necesaria. Tal se deduce, fácilmente, de -- las palabras del Lord Ordinary (Kissen) a partir de la sentencia Brodin V A/R Seljan and another, de la Inner Court of the Court of Session escocesa. Contestando el mantenimiento de una clausula de exención válida según el derecho noruego, el alto magistrado dice:

"Whatever the law chosen by the parties - to govern the contract or whatever the law of a contract may be, that law must, I think, yield to an Act of Parliament which has provided otherwise. The provision is, in other words, unenforceable in Scotland, -- whatever its effect elsewhere" (63).

En algunas recientes leyes laborales británicas (Redundancy Payments Act 1965, Industrial Relations Act 1971, Contracts of Employment Act 1972) se ha fijado de forma expresa su carácter imperativo. Así,

precisions sur les "lois d'application immediate" et leurs rapports avec les regles de conflits de lois, R.C. 1966, p 10, nota 2; V. Hecke, Principes, 457-58; Mann, op ult. cit, pp 67-68.

(62) V. Esta Parte, Cap. I, Secc II, ap II.

(63) 1973 S.L.T. 198-202; cit por North. Contract as a tort defence, ICLQ, 1977 p 921 y s.

recuerda Mann, en ellas se ha introducido una clausula según la cual: "for the purpose of this Act it is immaterial whether the law which (apart from this Act) governs any person's employment is the law of the United Kingdom or of a part of the U.K. or not" (64).

Añadiendo un trazo significativo a su naturaleza de aplicación necesaria, estas leyes preveen incluso unas limitaciones a su competencia. Así, por ejemplo según la S. 12 (1) de la Contract of Employment Act, la aplicación de algunas secciones anteriores se excluye: "in relation to employment during any period when the employee is engaged in work wholly or mainly outside Great Britain, unless the employee ordinarily works in Great Britain and the work outside Great Britain is for the same employer" (65). Para Mann, el principal efecto de éstas clausulas es: "within the fields covered by the legislation to render the law of the principal place of work applicable and thus to supersede, in particular, the proper law of the contract. This result could have been brought about by a choice-of-law rule. The legislator has adopted the more circuitous road of ensuring the applicability of English statute law in any event and, then, of defining its scope (66).

(64) V: Mann, Statutes cit, p 136 y s; Dicey, op cit p 754. También, Mann, Exemption clauses, cit, p 905 y allí, art. 13, ap (3).

(65) V. Mann, Statutes, p 137.

Aparte de las implicaciones obvias del --
último aserto de este autor (67), la verdad es que se
presenta como buena medida la de expresar en las leyes
su carácter de aplicación necesaria, amén de las even-
tuales limitaciones. Con ello se atiende, es sabido, a
un deseo ampliamente manifestado por la doctrina y --
práctica del D.I.P. (68).

Unas breves reflexiones ahora sobre la --
ley holandesa de Regulaciones Extraordinarias de Con--
tratos de Empleo (Buitengewoon Besluit Arbeidsverhou--
ding, B.B.A.), apuntada ya en materia de normas autoli-
mitadas (69). En su art. 6, completado con el 9, se es-
tablece que, cuando no medie el consentimiento del asa-
lariado, todos los despidos han de autorizarse por el
Director de la Oficial Laboral de Distrito, siendo nu-
los en caso contrario. El empleado conserva su derecho
al salario con un aumento del 50%, incluso, en razón -
del retraso en su percepción (70). La Jurisprudencia,-
se dice, ha completado esta norma con una de conflicto
que podría ser como sigue: la terminación de un contra-
to de empleo se gobierna por el art. 6 del Besluit --

(66) Ib. Subrayado propio.

(67) V. Toubiana, op cit, pp 206 y ss.

(68) V., por ej. Rigaux, D.I.P. Larcier, Bruxelles, --
1968, pp 123-125; Carrillo, op cit, p 118.

(69) V. Esta Parte, Cap I, Secc III, ap II.

(70) V. N.I.L.R. 1974, p 311. También: Gamillscheg, --
Labour Contracts, cit, p 19 y nota 163.

siempre que el mercado de trabajo holandés se vea afectado. Si éste es o no el caso, ha de ser determinado -- in concreto, tomando en consideración el (eventualmente futuro) domicilio y/o nacionalidad del empleado, -- y/o el lugar de ejecución y, quizás incluso, el lugar -- de establecimiento del empresario (71). Gravita sobre estas consideraciones la de que el empleado tenga eventualmente que acogerse al subsidio de paro holandés. -- Lo más notorio de esta norma, sin embargo, es que los tribunales holandeses suelen interpretar restrictivamente la cobertura que ofrece, no siendo aplicable, de por sí, por el hecho, en muchas ocasiones más obvio: -- el sometimiento del contrato a la propia ley Holandesa (72).

Contrariamente a la práctica judicial holandesa sobre el BBA, los tribunales galos sí han procurado extender la protección del célebre Estatuto --

(71) V. NILR, 1974, p 312.

(72) V: Juzgado de Paz de Amsterdam, 24-8-55, en Clunet 1959, 504; Hoge Raad 13-5-66, R.C. 1967, 522; Comp. con: Trib Laboral Fed. (Alemania) 20-7-67, cit por Mann, Statutes, cit, p 127 nota 2. También: Foley Bros. v Filarda, 336 U.S. 281 (1949) 119; cit por Mann, the Doctrine of jurisdiction, cit, p 70, nota 76; Tunow e Raffels c Rejser A/S. Tribunal Marítimo y Comercial (Dinamarca) 19-3-71, en J. Clunet, 1972-897. Asimismo, Ley Belga de 9-3-51, en St. del Tribunal de Commerce de Bruxelles 3-3-1970, con. en J. Clunet, 1975, p 357; del mismo Tribunal 24-2-68 (Mento), ib. 1971, 889.

V.R.P., ora como de aplicación necesaria, ora como formando parte de la ley aplicable al fondo del contrato. De ahí que se considerase con alguna amplitud en el -- marco del "favor laboris" (73). No queda pues, sino resaltar el que, si para una parte de la doctrina francesa (cualificadamente el decano Batiffol) se da aquí un clásico ejemplo de coexistencia de métodos (74), otra lo considere como muestra de disfrazado imperialismo -- por parte del foro. Así, para Deby-Gerard: "... La compétence du droit français pourra être décidée ainsi: -- la règle d'application immédiate aura son plein effet s'agissant d'un travail exécuté en France; mais si le travail s'exécute à l'étranger, la situation ne rentre plus, en principe, dans le cadre de l'application nécessaire des dispositions françaises. En recourant -- alors à la règle de conflit, il sera néanmoins possible de "retrouver" la compétence du droit français en estimant que celui-ci est la loi du contrat choisie -- par les parties ou déterminée à partir d'indices objectifs de localisation ... Une telle coïncidence ne pourrait, à notre sens, se produire que dans le domaine -- contractuel. Il n'en demeure pas moins qu'elle est choquante, parce qu'elle assure à l'application de la loi du for la part du lion" (75).

(73) V. Esta Parte, Cap I, Secc I.

(74) Ib. nota 20.

(75) V. Deby-Gerard, op cit, p 40.

Este resultado, en definitiva, no parece tan reprochable si se intenta mantener "tel quel" la ley llamada a regir el contrato ... y, como en el caso en cuestión, se trata de una ley protectora.

Acaba ahora esta breve relación de n.a.n. en materia laboral, con unos comentarios con respecto a cierta opinión del profesor francés P. Francescakis. Antes, enunciar el art. 5 de la ley francesa de 13-12-26, (C. de trabajo marítimo). En él se dispone que:

"La presente loi est applicable aux engagements conclus pour tout service a accomplir a bord d'un navire francais. Elle n'est pas applicable aux marins engages en France pour servir sur un navire etranger" (76).

Para el citado autor esta norma es de aplicación necesaria. Y ello porque:

"1º Pour l'application de cette loi, on ne passe pas par l'intermediaire d'une regle de conflit de lois ... on verifie seulement si ce contrat entre dans les previsions de la loi quant a son domaine d'application

2º de meme, aucune loi etrangere eventuellement applicable en vertu d'une regle de conflit n'entre en ligne de compte ...

(76) V. Lois d'application Immediate, cit, p 274.

3º le domaine de cette loi n'est pas toujours territorial...

4º on est dans le domaine du droit du travail, tres generalmente tenu pour realiser cette hybridation, encore une fois en soi peu eclairante, entre - droits "privé" et "public" (77).

Permítase confrontar esta opinión, en primer lugar, con la de su colega Rigaux:

"Quand la regle d'application immediate - deroge au droit commun, il faut s'interroguer sur la - possibilité de lui donner une interpretation multilaterale. La apparait le critere decisif. La modalité par laquelle la regle dite d'application immediate se distingue de la regle de D.I.P. commun est d'etre non -- synthetique ou exclusivement unilaterale" (78).

Teniendo en cuenta que, en román paladino, este art. 5 se podría resumir diciendo que: "los contratos de embarque en navios franceses se regirán por la ley de bandera"; y que, en definitiva, estas normas se suelen considerar arquetipos en orden a la multilateralización, cabe inferir que, en realidad no se trata de una norma no sintética o exclusivamente unilateral y, por consiguiente, tampoco de aplicación necesaria.

(77) Ib. p 274-275.

(78) V. Rigaux, op cit, p 120, y art. 17, p. 2 de la - Ley 5-6-28, cit en p 118. En el mismo sentido Jambu-Merlin, Navigation Maritime, R. Dalloz, II, p 451, (43) y ss.

Para Sperduti, por otra parte: "Non, e, -
dunque, il dato estrinseco dell'esistenza di una rego-
la avente per effetto di "localizzare" una legislazione
materiale che basta ad imprivere a tale legislazione -
un valore particolare, quel valore per cui, come dice
Nussbaum, l'applicazione di una legge dello Stato si -
impone ai tribunale dello Stato "as a matter of public
policy" " (79).

El I.D.I., cabe recordar, y como ha de --
verse mas adelante (80), supeditó, sin mayores proble-
mas, en el art. 4 de su Resolución de Zagreb, la ley -
de bandera a la de autonomia. Lo pacífico de su acepta-
ción denota el acuerdo existente en doctrina sobre la
no intervención de policy fundamental del Estado sobre
el particular. En los más importantes trabajos en mate-
ria de D.L.I., en definitiva, se situa este art. 5 --
francés, en el marco de las normas de conflicto unila-
terales lo que, seguramente, es exacto (81).

Este último tema tratado mueve, sin embar-
go, una vez más, a requerir la calificación del legis-
lador en el caso de las normas objeto de este estudio.

(79) V. Sperduti. Norme di applicazione necessaria ...
cit, p 486.

(80) V. Parte II, Cap III, Secc II, ap I.

(81) V. nota 34.

APARTADO II. FUNCION EN D.L.I.

Se estudia ahora, en primer lugar, el enfoque, por así decir, tradicional, sobre la actuación de las N.A.N. en el Derecho de las relaciones laborales internacionales. Antes, sin embargo, unas observaciones con respecto a su influencia en materia de capacidad y forma.

Lo mas destacable respecto a la primera -- tal vez sea, a estos efectos, el desenvolvimiento doctrinal de la categoría de las "capacidades especiales". Estas constituyen, en realidad, el marco más adecuado para la actuación de las N.A.N. con la particularidad, ha de verse (82), de ser tomadas en consideración, -- principalmente, a partir de su inclusión en la *lex causae*. Como recuerda Gamillscheg, por otra parte, es -- preciso distinguir la problemática de la capacidad, de las leyes que prohíben el trabajo de menores, a las -- que se suele introducir, de forma poco exacta, en aquella (83).

La llamada "policia formalista del contrato" se evidencia aquí, sobre todo, en materia de decisiones unilaterales, como da cumplida muestra el B.B.A.

(82) V. Parte II, Cap I, Secc I, ap II.

(83) V. Gamillscheg, Lab. Contracts, cit, pag 16.

holandés. Esto dicho, sin embargo, no se puede ignorar el que algunas normas, como el art. 329 C. de Navigazione italiano, establezcan unos requisitos rigurosos para el propio contrato (84). Ambos órdenes se reconocen como derogaciones de la regla locus; otra cosa es que, en definitiva, aún disposiciones como la italiana obtengan, en la práctica, unos resultados poco conformes con el rigor con que fueron redactadas, consecuencia normal del recelo, por no decir hostilidad, del D. Laboral a invalidar relaciones contractuales (85). De las normas referentes a decisiones unilaterales, además, hay quien defiende su bilateralización y, por ende, su similitud esencial con el tipo ordinario de reglas de conflicto, con la salvedad, sin duda, de estar adaptadas a: "modern social-economic developments" -- (86).

A partir de la jurisprudencia holandesa - "Mackay" se estudia el primer núcleo con cuya referen-

(84) V. Tito Ballarino, Norme de applicazione necessaria e forma degli atti, en RDIPP, 1967, p 722-23.

(85) V. Parte II, Cap I, Secc III.

(86) V. Verheul, NILR, 1974, 312-313. También: Deby-Gerard, op cit, p 65. Toubiana, op cit, pp 298 ss; Mosconi, op cit, p 258 y s; Pastor Ridruejo. Aspectos Conflictuales y jurisdiccionales del D.I. P. Español del Trabajo, en Estudios de D. Internacional Público y Privado, Oviedo, 1970, pp 290-292; Galiana, El Ambito Personal del D. de la Emigración, M. de Trabajo, Madrid, 1975, pp 153 ss.

cia se abría este apartado. Los hechos de su primera - sentencia, con fecha 8-1-71, a cargo del T.S. de los - Países Bajos, se pueden resumir como sigue: Mackay, na cional holandés, había estado empleado desde 1946 por la American Express Company, Inc., con sede en Nueva - York. En 1955 se estableció en Holanda y desde esa fe- cha ejerció sus funciones principal, pero no exclusiva- mente, en los Países Bajos, a cargo de la sucursal ho- landesa de A. Express. En 1967 ésta terminó unilateral- mente el contrato y dejó de pagar el salario desde ju- nio de aquel año.

Se trataba, en este caso, de determinar - la aplicación o no del B.B.A., en el que se apoyaba -- Mackay para exigir los salarios, más el aumento legal, - debidos entre junio del 67 y Enero del 68, fecha esta última en la que la Compañía había cumplido los requi- sitos de aquél. En tanto que el Alto Tribunal conside- ró que se habían afectado los intereses del mercado de trabajo holandés, mantuvo la aplicación con independen- cia de la ley que regulase el contrato (87).

El 8 de junio de 1973, el mismo Tribunal falló sobre un segundo proceso iniciado por Mackay en 1968. En la demanda se pretendía una considerable com- pensación por "despido manifiestamente injusto". Había de establecerse, pues, la ley aplicable al fondo del -

(87) V: NILR, 1974, 311-313.

contrato, lo que, en contra de sucesivas instancias, - hizo el T.S. estimando la aplicabilidad de la ley holandesa y, por consiguiente, en beneficio de Mackay, - habida cuenta que la otra ley en liza (N. América), excluye cualquier compensación (88).

Poco ejemplos más claros que este de la - llamada "coexistencia de métodos": la misma relación jurídica (y el despido dentro de ella) se somete, ora a la N.A.N. constituida por el B.B.A., ora a la indagación de la ley aplicable en la más pura línea conflictualista. Hay, en definitiva, un reparto de competencias entre la ley del contrato y las N.A.N. que, en el caso concreto, se ha visto, resulta en la protección - del asalariado. Toca ahora considerar si a ello cabe - una alternativa (89).

(88) Ib. p 313-315. Tambien, Jessurun D'Oliveira, Characteristic Obligation, cit, p 325.

(89) V., en general, Batiffol, Contrats en Rep. Dalloz, Paris, 1968, p 564-5; ID, Pluralisme cit, p 136 - ss; ID-Lagarde, D.I.P., Paris, L.G.D.J. 6^a edit. 1976, p 247. Cfr. Malintoppi, cit en Capit. anterior, nota 131; Szaszy, I. Conflicts... cit, p -- 143; Deby-Gerad, op cit, 28 ss; Freyria Actes II, 456 ss; Panebianco, op cit, p 96 y ss; Gamillscheg, Principes, cit p 681-2; Simon-Depitre, La loi du 3 janvier 1972 sur le travail temporaire et le D. I.P. Français et Anglais Dalloz, 1975, pp 122 y - ss, esp 126-27; Rabel, The Conflict of laws, Michigan 1950, V. III, p 190-1; V. Hecke, Principes cit, 451 y ss; Loussouarn, Cours General cit, p - 317 ss, Conforti, L'esecuzione delle obbligazioni nel D.I.P., Morano Editore, 1962, p 104, 217 ss;

Para el italiano Pocar, coincidiendo en -
 esencia con buena parte de la doctrina mas reciente de
 ese país (90), las normas de aplicación necesaria, en
 materia laboral:

"... non sono assolutamente inderogabili,
 ma sono dirette a garantire al lavoratore "condizioni
 minime inderogabili" cio vuol dire che esse ammettono -
 l'esercizio, sia pure limitato, di una autonomia con--
 trattuale delle parti, nel senso che possono essere, da
 queste ultime derogate nei riguardi del prestatore di
 lavoro, en melius ma non in peius.

... Ma, ammessa questa possibilita, non --
puó piú riconoscersi alle norme qui esaminate una sfe-
ra di applicazione esclusiva dell'incidenza di qualsia-
si altra disciplina che possa venire in considerazione
in seguito al funzionamento delle norme di diritto in-

Perez-Vera Intereses del tráfico Externo, U. de -
 Granada, 1973, p 123-124; Palaia, L'Ordine Pubbli-
co "Internazionale" Cedam, 1974, p 114; Barile, -
Lezioni di D.I.P., Cedam, 1975 Graulich, Regles -
de Conflit et Regles d'application immediate, en
Melanges Dabin, II, pp 629 ss; Lipstein, Inherent
limitations ... cit, pp 884 ss; Sperduti, L'Ordi-
ne Pubblico in D.I.P., en RDI 1976; Lando Contracts,
 en I.E.C.L., V. III, ch. 24; p 38 y s; Bolard --
Universalisme ou Nationalisme, L'hesitation fran-
caise, en A. Suisse de D.I. 1977.

- (90) V. entre otros, Calleri, Sulle norme di applica-
zione necessaria in materia de lavoro, en R.D.I.,
 1970, pp 551 ss; Cansacchi, La legge cit, pp 8 --
 ss; Garofalo, op cit, p 762-63; Panebianco op cit,

ternazionale privato" (91).

Según esto, y siempre en D. Laboral, éstas normas se presentarán como de aplicación necesaria pero no exclusiva, en un sentido distinto, ciertamente, a como entiende esta expresión el prof. Sperduti (92). Así el carácter de exclusividad quedaría restringido a aquellas pocas normas ("de derecho necesario absoluto", en la concepción de Camps) (93), como serían las que fijasen un tope salarial máximo, o bien, especialmente, las que requieran una actuación administrativa estrictamente peculiar a un determinado país (94).

Consecuencia de todo lo anterior, en definitiva, es que la "coexistencia de métodos" ceda -- aquí el paso a un método único, basado en la coordinación entre la ley local (y en su caso la del foro) y la del contrato.

En su citado art. 7 (Resolución de Zargreb) (95), el I.D.I. se orientó en el sentido antes -

241 ss, esp 250 ss; Prosperetti, la natura cit, - 716 ss. También: Simon-Depitre, La loi ... cit p 293.

(91) V: Pocar, La legge ... cit, p 741; Subrayado propio, ID, Norme di applicazione ... cit, pp 754 ss.

(92) V. Sperduti, L'Ordine Pubblico ... cit,

(93) V. op cit, pp 87 ss.

(94) V. por ej. Francescakis, Lois d'application Immediate ... cit, pp 273 ss; Lyon-Caen, Europeen, -- 122; V. Hecke, Principes, cit, p 491.

(95) V. Capit. I; Secc. III, ap II.

expuesto. Para Mosconi, aquél: "permite appunto al -- giudice de uno Stato diverso da quello del luogo de e- secuzione dell'attività lavorativa, sia esso lo Stato della lex voluntatis o un terzo Stato, di tener conto delle regole di applicazione necessaria di quell'ordi- namento, regole che vorrebbero disciplinare il rapporto ma non sarebbero competente a farlo in base alle norme di conflitto dettate dagli articoli precedenti" (96).-- Añade luego el prof. italiano que: "In tal modo viene atribuita al giudice una notevole discrezionalità, che può giungere fino alla construcción, per la valutazione di una data fattispecie, di una norma ad hoc, resul- tante del contemporamento delle prescrizioni della lex loci laboris con quelle della lex voluntatis ed even- tualmente con quella della *lex fori*" (97).

La idea de un cotejo de varias leyes so- bre la misma relación jurídica no es, en definitiva, - ajena al D.I.P. Piénsese, por ejemplo, cuando se avan- za con respecto a la protección de determinadas perso- nas o instituciones (98), o, incluso, como efecto de - la "publicización del Derecho". En este último sentido se manifestaba, por ej. el holandés Riphagen en su Cur- so de la Academia, a inicios de la pasada década:

(96) V. Mosconi op cit, p 267. Subrayado propio.

(97) Ib. V. También: St Thuillier, cit en Cap I Secc I; St. Belgroma, C. de Prudhommes de Bruxelles, 12- X-66, Cass. 27-3-68, en J. Clunet, 1971, 888-89.

(98) V. V. Hecke, Principes, 477-80.

"It is, however, typical for the penetration of public law in to private law that it tends to erase all sorts of legal distinctions or at least to -- lend a, certain vagueness to the previously existing -- borderlines ...

All these factors combine to make cumulation of legal systems an attractive technique where -- the private law approach to the rules of conflict clashes with the public elements in private law. If public law considerations have inspired the choice of law, -- there is still a possibility to do justice to the private law approach by cumulative application of the law which would have been chosen if public law considerations had not been present and, of course, viceversa.

... Returning now to the influence of the relationship between public and private law, we recall that the penetration of public law elements into private law provides a technical reason for applying a -- cumulation system ... " (99).

Por supuesto que esta idea básica de la - coordinación (cúmulo, contemperamento, etc) sugiere -- una serie de matices. En el sentido que aquí se definen (de acuerdo, por ej. con Pocar y Calleri), a efectos prácticos se plasmaría en la consideración de las

(99) V. Riphagen, op cit, pp 239-41. Subrayado propio.

N.A.N. como un límite sucesivo a la aplicación del d. extranjero. Para Calleri: "... Pertanto sera d'uopo -- concepire le norme di applicazione necessaria come un límite sucesivo al funzionamento del D.I.P., nel senso che si dovrà sempre raffrontare il diritto straniero -- prima con i principi informatori dell'ordinamento, e -- nel caso che non si rilevi contrasto con essi, si dovrà tener conto anche delle norme di applicazione necessaria, nel senso sopra accolto, se la norma straniera applicabile sia in contrasto con esse, e non semplicemente diversa dalle norme della lex fori che regolano la materia" (100).

Como se deduce de la última observación -- de Calleri, y se mantuvo aquí con respecto a la actuación del O.P. Internacional (101), la confrontación de la ley extranjera y la del foro (en este caso n.a.n.) se deberá hacer de modo global, ponderando adecuadamente las disposiciones de ambas leyes y no, simplemente, las diferencias externas que, como se sabe, encierran en múltiples ocasiones identidad de fondo.

Sobre la coexistencia de métodos tradicional, el que aquí se aboga ostenta, al menos, dos ventajas principales: la primera es la adecuada toma en con

(100) V. op cit, p 500 y s. Subrayado propio; Pocar, N.A.N. cit, p 740. También St. Scozzaro, ib. 742.

(101) V. Capit. I, Secc II, ap II.

sideración del "favor laboris", concretada en la posibilidad del reclamo a la ley extranjera, eventualmente mas favorable, aún en el campo habitual de las n.a.n. (que, por otra parte, tiene los límites difusos); despues, y no menos importante, la equiparación de las leyes en presencia, sin que haya como reprobación Deby-Gerard, alguna que se lleve "la parte del leon".

El "Favor" y la Igualdad de las leyes conforman, en definitiva, una buena base sobre la que apoyar, en la hora presente, un intento de construcción doctrinal del D.L.I. (102).

(102) V. además de la bibliog. cit antes aquí, la reseña por Sperduti: Les lois d'application nécessaire en tant que lois d'ordre public, en R.C. 1977, p 258-260; Id, Theorie du D.I.P., en Rec. - des Cours, 1967 III, 122 p 314.

SECCION IV. CONVENIOS COLECTIVOS.

Los últimos desenvolvimientos doctrina---
 les, de los que se ha intentado dar aquí razón sufi---
 ciente, ayudan parece, a enfrentar con buen ánimo el -
 tema propuesto. A ello se dedican las páginas siquien-
 tes en las que, con prioridad a cualquier otro, ha pri-
 mado un deseo de concisión. Una advertencia previa: es-
 te examen se basa en los convenios colectivos conoci-
 dos, "tout court", como "erga omnes". Aunque no se pue-
 da dudar del carácter de fuentes internas del resto, -
 esa misma razón las situa a extramuros del D.L.I.; es
 decir, fuera del esquema de fuentes de un derecho, en
 definitiva "conflictual", lato senso.

APARTADO UNICO.

Arrancando como uno de los principales --
 pilares de la doctrina territorialista de la Italia --
 corporativa (esp. Baldoni) (103), la problemática de -
 la C.C. se asoma, en distintas fases temporales y al -
 paso de las discusiones sobre su naturaleza jurídica,-

(103) V. op cit, p 369.

entre otros: al favor laboris; a variantes de la concepción italiana originaria; al propio contrato individual de trabajo ... De todo ello, en definitiva no se ha derivado mas que una gran confusión que, se puede decir, empieza a desaparecer tras el estudio, de una importancia fundamental, del prof. G. Lyon-Caen: En él se avanza, de una manera expresa, la distinción entre la C.C. como sujeto y como objeto del D.I.P.. distinción que se ha hecho propia en este trabajo (104).

Como sujeto, es decir como fuente del D.L. I., la primera cuestión que se suscita radica, de modo natural, en su ámbito de competencia. A ello han contestado los tribunales en diversos sentidos:

- La Cour de Cassation ha admitido, en un contrato entre franceses a ejecutar en Arabia Saudita, la aplicación cumulativa de las C.C. al uso en ambos países (105);

(104) V. Respect. Lyon- Caen, La convention Collective de Travail en D.I.P., en J. Clunet, 1964, pp 247 ss; Parte II, Cap III, Secc II, ap II. También, - en general: Szaszy, I.L.L. cit, pp 328 ss; id, - Zagreb, pp 242-45. 296 ss, 380 ss; V. Hecke. Ib. 433; Monaco, Zagreb II, p 305; Kahn-Freund, Ib. ID, Labour and the law, Stevens, 1972; Rabel, op cit, p 191 y s; Pastor, op cit, pp 997-99; Piron, op cit pp 214-216; Muller, op cit, p 706; Toubiana, op cit, p 283 y s; Simon-Depitre, Actes II, - 361 y s; Quadri, Problemi fondamentali, cit, 274-77; Audinet, Contrat de travail et libre circulation des personnes et services dans la C.E.E. -- Droit Social, 1964, 239-40.

(105) Cass. 10-7-59, cit por A. Reboul, Le contrat de

- La misma "Cour" ha dado un alcance extraterritorial a la Convención Colectiva de retiro y - previsión de "cuadros" (14-3-47), en el notorio Lautier C Carton. A decir verdad, no se planteaban grandes problemas en tanto que, según el art. 3, parr. 2 de aquella: "La Convention s'applique également a titre obligatoire aux bénéficiaires ... qui sont occupés en dehors de la France metropolitaine pour le compte d'une entreprise exerçant son activité sur le territoire de celle-ci, lorsque le contrat de travail des intéressés a été signé ou conclu sur ce territoire" (106);

- El Alto Tribunal, además, mantiene la aplicación territorial en un famoso "arreté de principe" (Jacquin): "La convention collective, dice, ne règle les rapports entre employeur et salarié que sur le territoire metropolitain" (107).

Amparándose en la St. de la Cass. Soc. de 22-11-72, Lyon-Caen sostiene, en definitiva, que se -- distinga a las convenciones entre sus cláusulas "personales" (de aplicación extraterritorial) y las propia--

travail en D.I.P., en Annuaire de l'A.A.A., 1964, p 145.

(106) Cass. 9-11-1959, en R.C. 1960, p 506, nota S-D; J. Clunet 1960, p 1064, nota L-C. Tambien, Cass. 10-7-59, cit por Toubiana, op cit, p 283; id, - 2-3-61, cit por Lyon-Caen, op ult. cit, p 254.

(107) Cass. Soc, 29-5-1963, J. Clunet, 1964, 301 y s; cit por Lyon-Caen, op ult., cit, p 253.

mente territoriales (108). Por atractiva que se presente, sin embargo, esta opinión no parece poder compararse: el convenio colectivo, y así lo reconoce nuestra doctrina, debe definirse unitariamente (109).

Por sí solas, como se ve, las interpretaciones jurisprudenciales no esclarecen demasiado el problema. Completándolas con otras notas, sin embargo, tal vez se obtengan mejores resultados. La primera será una observación de Szaszy.

Para el prof. húngaro: "Si la loi du pays d'execution attribue aux conventions collectives une force obligatoire generale, les contrats qui doivent y etre executes sont soumis a ce regime, quelle que soit la loi a laquelle ils auraient pu etre soumis..." (110).

Se dice de los convenios colectivos, por otra parte, que establecen mínimos inderogables (111). Su vinculación constitucional es, además, cierta. Tal se puede mantener, por ej. a la vista del art. 39 de la Constitución Italiana (112). La implicación económica que conllevan, en fin. mueven al decano Graven, -

(108) V. European, p 104. También, Freyria C.C. en R. - Dalloz, pp 579 ss.

(109) V. Bayón y P. Botija, op cit, V. I, pp 111 fine y s.

(110) V. Zagreb, p 336. Subrayado propio.

(111) V. por ej. Garofalo, op cit, p 775.

(112) V. Vitta, D.I.P. cit, p 330, nota 33.

tras emplazar el tema en su país (poco afectado, en --
verdad, por la última legislación) a defender que, a --
pesar de su carácter como mero "gentlemen's agreement".
"... it is suggested that effect should be given to it
so far as is possible, because its economic aspects, of
such great importance in industrial relations, are the
substance of the agreement, its legal character being
the form or secondary machinery for enforcement. It is
suggested that an agreement of this kind should be re-
cognised so far as its nature permits, within the gene-
ral principles of private international law" (113).

En este punto es posible ya decir que una
parte cualificada de la doctrina contemporánea propone
la inclusión de las C.C. en la categoría de las normas
de aplicación necesaria (114).

En el art. 6, ya citado (Zagreb), el I.D.
I. se decanta en este sentido: las C.C. se asimilan a
la ley "a condition qu'elles soient legalement applica-
bles". La formulación tautológica del precepto se pue-
de clarificar si puesto en relación con el equivalen-
te del Proyecto Definitivo (Szasy). En él se decía: -

(113) V. Zagreb p 426 y s.

(114) V. entre otros: Batiffol, D.I.P. cit, p 240; --
Francescakis, Zagreb, p 420; Fragistas, lb. p -
416; Freyria, Actes II, 401, 473.

"si la C.C. limite son application d'une maniere expre
se aux travaux executes exclusivement, soit dans le --
pays, soit a l'etranger, cette limitation doit etre --
prise en consideration" (115).

Comparando los preceptos respectivos, no
cabe duda que el Proyecto de Reglamento C.E.E. asume,-
por su parte, el sentir del I.D.I. sobre el tema: (art.
2).

"Au sens du present reglement, on entend:
par "droit du travail", l'ensemble des lois et disposi
tions reglementaires et administratives, pour autant -
qu'elles soient applicables ... " (116).

Que en este Proyecto se otorga la califi-
cación de aplicación necesaria a las C.C. está, en fin,
fuera de dudas (117).

No se puede concluir sin dejar expreso el
gran avance que, a efectos del D.L.I., ha supuesto la
consolidación de la categoría de las N.A.N. Si de la -
problemática constitucional, tan ligada a aquella, se
ha podido decir que semejaba "l'accouchement d'un sou--
ris", no sería ya arriesgado, y en base a las N.A.N.,-
incluir buena parte de la compleja cuestión de las C.
C. en D.L.I. bajo la rúbrica del Bardo: "Much Ado A---
bout Nothing".

(115) Cfr. Mosconi, op cit, p 269 y nota 50.

(116) V. P. Rodiere, op cit, p 5, nota 2.

(117) Ib. p 22 y nota 2.

RESUMEN DEL CAPITULO

Se aprecia en el Complejo Normativo del D.L.I. una bipolaridad cuyos términos serían las Normas de Colisión y las de Aplicación Necesaria. De aquellas, y salvo contadas excepciones (contratos de embarque, etc), parece poder prescindirse en tanto que existan normas generales sobre contratos suficientemente amplias y flexibles. Las de Aplicación Necesaria, por su parte, irradian su influencia hacia la Constitución y los Convenios Colectivos, sendas partes con las que se completa el esquema de fuentes. En ese entendimiento, la función de las N.A.N. experimenta, en materia laboral, un importante cambio cualitativo, motivado por el quehacer conjunto de los Principios Generales de Favor e Igualdad, que resulta en la consideración de aquellas como un límite sucesivo a la aplicación del D. Extranjero, asimilándose pues, en sus efectos, al O.P. Internacional.

PARTE II

EL CONTRATO DE TRABAJO

INTERNACIONAL

El consenso sobre la calificación contractual que, con respecto a la relación de trabajo, estudiada aquí en tanto que internacional, parece mantener muy ampliamente la doctrina laboralista contemporánea, pudiera justificar, siquiera a primera vista, un tratamiento por parte del D.I.P. análogo al de otras áreas de contratación. No será éste, sin embargo, el marco en que se defiende una tal práctica. La necesidad de asumir la imbricación social del contrato de trabajo ha de plasmarse, en aquel Derecho, en una toma de conciencia y, por ende, en un repertorio de soluciones adecuadas. Se procede a espigar, a continuación, entre ellas.

Buena parte de la doctrina internaciona-- lista contemporánea ha fijado su atención en la disparidad de poder, especialmente negociador, de las partes al contrato; se habla, así, de contratos de adhesión, "weaker-party contracts ..." etc. Es la postura, entre otros, de Mezger, Jessurun D'Oliveira, Szaszy, - Lanfranchi, Ehrenzweig, Reboul, Lando ... A lo largo de su obra, y especialmente en su magnífico trabajo sobre el contrato en general, aparecido en la I.E.C.L., el profesor danés mantiene la que puede ser construcción más trabada sobre el particular. Simplificando al máximo su tesis, se puede decir que propugna una distinción entre los contratos de consumo (a los que asimila el de trabajo) y los comerciales. En aquellos, --

entre los que cita contratos de venta de productos, - instalaciones, pequeños préstamos, determinados seguros ... etc., la posibilidad de elegir la ley rectora debe ser excluida o, ciertamente, muy limitada. No sería el caso, por supuesto, en el otro tipo mencionado. Las consecuencias de aceptar esta teoría para el contrato de trabajo conducen, en definitiva, a admitir la vocación general de la ley del lugar de ejecución, lo que, por otra parte, ilustra sobre el específico carácter de aquél: en contratos análogos se defienden conexiones personales.

No hay obstáculo alguno para aceptar el - espíritu de protección que se desprende de la tesis anterior. Lo que cabe dudar es de su idoneidad como método. En primer lugar: ¿cómo trazar la línea divisoria - entre contratos de consumo y comerciales?. Y, aún en - la certeza del carácter de adhesión del contrato: ¿es lógico rechazar de antemano toda elección de ley, sin atender siquiera a su tenor?. En muchas ocasiones no - habrá en ello más propósito torticero que, por ejemplo, dotar de uniformidad jurídica a los empleados de una - empresa, salvando las vicisitudes de diversos lugares de ejecución (posiblemente remotos) o bien, en típicos contratos de consumo, fijar la ley que ha de regir las posibles reparaciones y las eventuales acciones legales.

El juez holandés Haak, en su trabajo de

1975 en la N.I.L.R., ha sintetizado las críticas anteriores en frase de gran acierto:

"The danger of giving expression to a notion pertaining to substantive law-the protection of - the party without equal bargaining power- in a private international law rule that lays down specific connecting factors for specific contracts is evident in the end-result: a rigid rule based on false hypothesis".

El afán de protección para Haak, de acuerdo con Batiffol, y como se ha recogido aquí también matizadamente, ha de actuarse por medio, en pura teoría internacionalista, de las normas de aplicación necesaria. A ello se podría añadir el empleo de los correctivos funcionales que, avanzado en otro lugar, se resumiría con Reese, en su Curso de la Academia de 1966, y - precisamente en el entorno de los contratos de adhesión, con las siguientes palabras: "... Choice of law provisions contained in such contracts should not be subjected to wholesale condemnation. Nevertheless, the possibility of unfairness is always present and must be considered by the courts".

Retomando la línea avanzada por el Juez - Haak, es preciso llamar la atención sobre el peligro - de actuar en D.I.P. a nivel de hipótesis, y, especialmente, sobre las conexiones. Páginas adelante, y en el marco de los transportes internacionales, habrá de ver

se como a través de un contrato-tipo, de la aplicación extraterritorial de una convención colectiva, de la autonomía de voluntad, en definitiva, se puede resolver un problema de la entidad de ... los pabellones de complacencia.

Salvando, pues, las dudas sobre su calificicación, se puede decir que contrato de trabajo hay, -- con características propias, desde luego, pero contrato al fin. Sobre esa base se articula todo el estudio que sigue.

CAPITULO I.

CONCLUSION DEL CONTRATO.

Para este capítulo y el que le sigue y, - en función del gran aporte doctrinal existente en cuanto a sus contenidos, se ha hecho necesario, en un trabajo con la vocación clarificadora de éste, un planteamiento metodológico de triple base. La primera sería - fijar los puntos de contacto, las líneas-fuerza que -- agrupasen, del modo más fiel posible, las diferentes - tesis avanzadas. Tras de ello, y para no interferir en la toma de posición del lector, se da cuenta de aque-- llas sin más que algunas breves precisiones mas estruc-- turales que críticas. Habiéndose fijado de ese modo el panorama doctrinal, se procede, en fase última, a proponer las tesis que aquí se mantienen, a las que habrá sido previo, ahora sí, un esfuerzo crítico.

SECCION 1ª. CAPACIDAD.

Una observación previa: no se tratarán -- aquí las llamadas capacidades para ofertar y aceptar -- el empleo, como hacen algunos autores (Szaszy, Gamillscheg, etc) habida cuenta la dificultad que, sin demasiado provecho, se introduciría ex novo en una materia de por sí compleja y difícil. Tal ha sido, por otra -- parte, la orientación que ha mantenido en Zagreb el -- I.D.I.

I. TENSION LEY PERSONAL-LEY CAUSAL.

Comienza este estudio con las doctrinas -- que supeditan la capacidad de las partes a su ley personal. Estas, que se pudieran calificar de dominantes en la actualidad (1), tienen en común su referencia al

(1) V. entre otros: Balladore-Palmeri, op cit, p 348; Bayón y Botija en Actes II, p 494; Beitzke ib, p. 407; Conforti, L'esecuzione cit, p 221 y ss; Co--ttrau, La disciplina cit, p 222 y s; De Nova, en Zagreb (I) p 437 y ss; Fragistas, ib p 414; Frey--ria, Actes II, p 456; Gamillscheg, Principes, cit, p 286; Knapp, op cit, 165; Lanfranchi, D.I.P. del Trabajo, Córdoba (Arg), 1955, p 26 y ss; Malintoppi, Actes II, p 471; Müller, Il trattamento giuridico cit, p 699 y s; Pastor, op cit, p 990; Simon-Depitre, Actes II, 355 y ss; V. Hecke, Zagreb I, -

estatuto personal en tanto que éste comprende la capacidad de obrar, que en un ámbito específico se estudia aquí. Al respecto, y dejando aparte la compleja problemática que hoy día se acuerda al citado estatuto, se han de hacer algunas matizaciones.

Una primera línea de reflexión vendría -- propuesta ante la especificidad del Derecho Laboral Internacional: ¿implica al adscribir la capacidad de obrar a la ley personal, como es usual en la contratación internacional, un rechazo de concertar a aquél un tratamiento autónomo? O, dicho de otro modo, ¿supedita la respuesta al problema de la capacidad la que se dé a la ley aplicable al fondo?... Ciertamente no, y habrá ocasión de comprobar como es posible mantener la teoría general a la hora de la capacidad de obrar, y separarse de ella en el otro orden mencionado (2).

Cuando se habla aquí de doctrinas vinculadas al estatuto personal, y sería una nueva base para estudio, se pretenden abarcar las que lo mantienen como centro de gravedad, sin que ello quiera decir que -

432; también en R.E.D.I., 1972, p 195; Vitta, op - cit, p 325 y en nota 20; Yanguas, Zagreb, 459. Para una exposición de D. Comparado vid: Gamillscheg en Lab. Contracts, cit, p 16; Szaszy, ILL, cit, p 198 y ss; Conflicts, cit, p 118 y ss.

(2) V. Infra cap. II, Secc. I.

no se admitan por la casi totalidad de autores, ciertas derogaciones en casos concretos (3).

La situación de la mujer casada y el menor, y acaba con ello este breve emplazamiento, trata usualmente al hilo de la contratación laboral (4), no se estudia aquí separadamente, y ello porque tanto la altura de los tiempos (5), como el progreso técnico, desaconsejan que esa cuestión reciba tratamiento autónomo (6).

Parece existir un consenso generalizado entre los autores que defienden la tesis que aquí se trata en cuanto a su motivación. Esta gravitaría en torno a dos criterios claves: impedir el fraccionamiento del estatuto personal (sería la postura, p. ej. de V. Hecke) o recalcar la importancia que, a efectos de una concepción del Derecho basada en la persona humana tiene aquél (Yanguas).

El profesor belga razona del siguiente modo: en los países que se vinculan a la noción del estatuto personal, la permanencia de este estatuto conlleva la necesidad de sustraer la capacidad al estatuto de los diversos actos particulares. Si ésta preocupa-

(3) V. Esta Secc., ap. II.

(4) V. Annuaire, I.D.I., 37 (II), p 273.

(5) V. Observación de Valladao en Zagreb, p 480.

(6) Cfr. Resolución de Zagreb en el Anexo I.

ción se reconoce en materias tan diversas como, por -- ejemplo, la adopción y la letra de cambio, no se ve -- porque no debiera hacerse sentir en materia de contrato de trabajo igualmente (7). De evitar una "atomización del estatuto personal" habla el maestro Aguilar - Navarro en una de sus aportaciones a la obra "D. Civil Internacional", bajo su dirección (8).

En su respuesta al "Questionnaire Preliminaire" de Szaszy, el profesor Yanguas afirma que el -- hombre, como sujeto de derecho, debe estar, a su parecer, en el primer lugar y antes de toda otra consideración, por respetable que sea. Su estatuto personal debe ser mantenido en todas las circunstancias. Recuerda también que fue el respeto de la persona y del derecho de la familia, lo que influyó, de manera decisiva, en la anterior Resolución del I.D.I. sobre el tema -- (Luxemburgo, 37) de la que fue Rapporteur. Para este -- autor, esas razones tienen un valor inderogable. La posible dificultad, por parte del país de ejecución, de conocer la ley personal, lejos de propiciar su abandono, obliga, mas bien, a buscar el medio de resolver la cuestión. A tal efecto cita el Acuerdo de 29 de mayo -- de 1960 entre España y la R.F.A. sobre la emigración, -- y la Convención de S.S. de 27 de junio de 1957 entre --

(7) V. V. Hecke, loc cit en nota 1.

(8) V. pág. 92.

España y Francia (9).

La teoría que somete la capacidad de las partes a la ley que rige el fondo, contrapartida de la anterior, y no menos importante en cuanto a su arraigo doctrinal (10), suscita una serie de cuestiones de las que se trata a continuación.

Se podría empezar con una reflexión análoga a la que se hizo líneas atrás: ¿implica el adscribir la capacidad a la ley que rige el fondo un intento de desvincular al D.L.I. de la teoría general del D. - Internacional Privado?. La respuesta afirmativa tal vez sea aquí lo adecuado, sobre todo si se tienen en cuenta los criterios de Szaszy, y Francescakis, en la medida que, aquél a lo largo de su magna obra, y éste principalmente al hilo de sus colaboraciones al Proyecto de Zagreb, se han manifestado con mas coherencia en tal sentido, siendo ambos notorios defensores de la tesis que aquí se trata. Para los anglosajones, por contra, el someter la capacidad a la ley que rige el fondo es, como se sabe, y al menos en doctrina, regla ge-

(9) V. Yanguas, loc cit en nota 1.

(10) V. entre otros: antes: Balladore-Pallieri, D.I.P. Italiano, Milano, Giuffrè, 1974, p 164; Batiffol, en Zagreb (I), p 396; Cansacchi, ibid, p 401; --- Francescakis, ibid, 420; Gaveson, ibid, 426 y ss; Piron, en Elements, cit, p 219; Szaszy, en Zagreb (I), 292, 371, 471; Udina, ibid, 444; Valladao, - ibid 454.

neral y no excepción. A tal efecto se pueden citar entre otros a Graveson, Schmitthoff, Cheshire, Dicey ... (11). El influjo de esta toma de posición viene a ser cada vez más grande a nivel general y, por ende, en lo referente al contrato de trabajo internacional. De ello se dará cuenta en el próximo apartado.

Siguiendo a Szaszy, que ha tratado el tema con particular interés, la vinculación a la ley causal se explica, fundamentalmente, en estos términos: - la aplicación en cuanto a la capacidad de la ley personal, la ley nacional o la del domicilio se justifica, en derecho civil, por la necesidad de dotar a la persona de un estatuto legal que se mantenga idéntico en todos los casos y circunstancias. No debe cambiar, por ejemplo, por el solo hecho de que se haya concluido el negocio en un determinado lugar o haya de ejecutarse en otro país. Así, con respecto a mujeres casadas, existe aquí una consecuencia de los efectos personales legales del matrimonio, y por eso, se justifica en derecho internacional privado la aplicación de la *lex matrimonii*. Sin embargo, en la esfera del Derecho del Trabajo la situación es completamente diferente. En

(11) V. Graveson, Conflicts of laws, P.I.L., London -- Sweet y Maxwell, 1974, 7ª edición, pp 402 y ss y esp., p 403, nota 12; y, en general, Glenn, La capacite, cit, passim.

Derecho del Trabajo es más importante que la relación legal entre empleado y empresario sea gobernada en todos los aspectos por una ley uniforme, que la uniformidad y permanencia de la ley aplicable. Para la seguridad de las transacciones internas, es poco deseable para el empresario negociar con empleados de diversas nacionalidades de acuerdo con las previsiones de una variedad de leyes ... En su opinión (que él mismo considera abierta a crítica) un contrato de trabajo entra dentro de la categoría de las transacciones comerciales, y en varios países estas se gobiernan por la *lex loci*, y no por la *lex nacional* o *domiciliar*, incluso aunque la capacidad en general se rija por éstas. Un trabajador no firma aquí y allá contratos de trabajo. En consecuencia, no es de importancia que la ley que gobierna la capacidad jurídica y de obrar sea permanente y uniforme. Lo que es importante es que los contratos de trabajo verificados para ejecutarse en un lugar definido sean gobernados por una ley permanente y uniforme (12).

Tiempo habrá de volver sobre la construcción teórica del profesor húngaro. Lo que interesa destacar ahora es cómo se empieza a perfilar su teoría, - que basada en la unidad de empresa, defenderá la vocación rectora general del lugar de ejecución.

(12) V. Szaszy, Conflict of laws, cit, p 145 y s.

II. INTENTOS DE CONCILIACION.

Al tratarse de la doctrina que mantiene la vinculación de la capacidad a estatuto personal, quedó apuntada ya la posibilidad de admitir ciertas derogaciones en casos concretos. En tal sentido se han expresado, por ejemplo, V. Hecke, De Nova, Vitta... Los autores que defienden la postura antagónica, vgr. Szaszy, Piron, Udina, Cansacchi, han protagonizado, a su vez, intentos conciliatorios (13). La búsqueda de soluciones de compromiso ha sido, pues, sentida desde las dos tendencias. Así, De Nova reclamará en términos concisos (ha negado previamente la vocación general de la *lex loci laboris* para regir forma y capacidad):

"That a balance be struck between the technique of finding a governing law for a particular type of relationship and the technique of setting apart certain elements of every transaction (such as formal validity for special conflicts treatment" (14).

En el bando contrario, y para Piron, parece que, en materia de contrato de trabajo, se haya llegado actualmente a un compromiso entre diversas fórmulas: la ley del lugar de ejecución es aplicable a la

(13) Vid referencias en notas 1 y 10.

(14) V. Zagreb, p 437.

capacidad del menor y de la mujer casada, en tanto que no se ha formulado una objeción expresa por el representante legal o por el marido siguiendo su ley nacional. "Cette solution, pour composite qu'elle soit, paraît satisfaisante" (15).

Conviene retener, principalmente, este -- afán de equilibrio que se desprende de las opiniones -- citadas. Falta ahora mostrar su plasmación práctica. -- Al punto se suelen traer a colación dos expedientes: las llamadas "capacidades especiales", y la "teoría -- del interés nacional".

La compleja categoría de las capacidades especiales, de cuyo entorno normativo se habló anteriormente (16), adquirió para la materia laboral particular relieve cuando, en el seno de los trabajos previos a la Resolución de Zagreb, el mismo De Nova mantiene que se debe distinguir entre la capacidad para comprometerse personalmente a un contrato de empleo y la capacidad legal para llevar a cabo un cierto tipo de trabajo (vgr. edad mínima para trabajos duros). La primera cuestión se refiere a la capacidad, propiamente dicha, y debiera regirse por la "lex capacitatis"; la -- otra, en su opinión debiera dejarse a la lex loci laboris, sin excepciones (17).

(15) V. loc cit en nota 10.

(16) V. Supra I parte, Capítulo II, Secc. III.

(17) V. Zagreb (I) p 439.

El Instituto tomará como propia esta sugerencia del maestro italiano, sin más que ampliar el espectro de la *lex causae*: (art. 1) "La capacité à l'effet de conclure un contrat de travail est régie par la loi personnelle des parties et la capacité d'exécuter un certain type de travail par la loi désignée par les articles 3, 4 et 5. (Ley aplicable al fondo)" (18).

La lectura de este artículo sugiere varias reflexiones. Destaca la distinción entre capacidad a efectos de concluir un contrato, y la localización del trabajo, propiamente dicho. Por esta vía, pues, se establece una importante limitación a la competencia de la ley personal (19). Por otra parte, la propia categoría de las capacidades especiales resulta afianzada al someterla a la *lex causae*, en general. Nótese que, en la propuesta de De Nova, la formulación estricta, ceñida al lugar de ejecución, derivaría, en suma, a introducir la categoría en las propias normas imperativas de ese lugar. El planteamiento del Instituto parece, pues, el correcto.

La teoría del interés nacional, ampliamente recogida en la doctrina especializada del D.L.I., alcanza en éste andadura propia (20). La cuestión a --

(18) V. Ibid (II) p 461 y Anexo I.

(19) V. en el mismo sentido; Mosconi, ob cit, p 255.

(20) V. Exposición de D. Comparado cit en nota 1, y -- esp., Actes II, 355 y ss.

dilucidar será, aquí, la posible plurilateralización - de las normas que la consagran. Al respecto, y en su - importante trabajo en la Revue Critique, el profesor - Gamillscheg expone que se ha intentado, mas de una -- vez, extraer una norma plurilateral de conflicto de -- esas reglas excepcionales que, tales como los artícu-- los 7, párrafo 3, E.G.B.G.B., 17, párrafo 2 de la Dis- posizioni Preliminari, 7 b, párrafo 1, LRDC, y el prin- cipio de la Sentencia "Lizardi", se admiten unilateral- mente en beneficio del comercio interno. Es decir, que en las operaciones concernientes al comercio, la cone- xión no se haría a la ley nacional del que se obliga, - sino a la ley del lugar de conclusión del contrato. Es- to sería justificable para la mayoría del derecho co- mún, en el que la idea de protección, que funda la co- nexión con la ley nacional, no tiene papel que jugar. Las divergencias que se observan sobre este punto en - derecho comparado no tienen, sin embargo, mayor razón que la histórica. La idea de protección, por contra, - guarda su valor a la vista de las concesiones particu- lares que los sistemas jurídicos en presencia hace al menor en cuanto a su capacidad de concluir un contrato de trabajo. Es preciso que, frente a las leyes que de- jan, demasiado liberalmente, comprometerse al menor. Es- te pueda ante los tribunales de su país, convocar su - ley nacional. Es una necesidad que debe prevalecer so- bre la seguridad del comercio extranjero (21).

(21) V. Principes, p 288.

Andando el tiempo, la Resolución del I.D. I. en el párrafo 2 del artículo 1, ya citado, vendría a sostener un punto de vista ciertamente distinto:

"Un contrat de travail conclu par un étranger incapable d'après sa loi personnelle doit être considéré comme valable, si cet étranger est regardé comme capable d'après la loi de l'Etat sur le territoire duquel le contrat a été conclu" (22).

El afán de proteger la validez del contrato inspira este párrafo de la Resolución. La técnica empleada, sin embargo, ha merecido reparos en orden a dos tipos de precisiones. Se critica, en primer lugar, la importancia concedida al lugar de conclusión, cuyo carácter fortuito es notorio en muchas ocasiones, máxime cuando en el entramado general de la Resolución se ignora por completo este criterio. Dejar de lado el lugar de ejecución a efectos de convalidar el acto, por otra parte, es la otra objeción alzada al respecto. Esta última se puede superar, sin embargo, en la medida que es factible deducir "a fortiori" que el contrato válido según la ley del lugar de ejecución primará sobre la posible incapacidad erigida por la ley personal (23).

(22) V. nota 18.

(23) V. Principes, loc cit, nota 1, y Mosconi, ob cit, p. 256.

Sobre lo expuesto anteriormente habrá ocasión de volver en la fase de síntesis del presente capítulo.

SECCION II. FORMA.

§

En un primer análisis se plantea como -- válido repetir para la forma en el contrato de trabajo la estructuración mantenida al desarrollar el tema de la capacidad. No se hará así, sin embargo, y ello por diversas consideraciones.

Una síntesis de las doctrinas que estudia ban la capacidad sugiere que la oposición de fondo estaba centrada en el ámbito del estatuto personal. La - polémica aquí, sin embargo, ha sufrido un desplazamien to. No se discute, fundamentalmente, sobre el también controvertido "estatuto formal"; lo que interesa es -- precisar la función de las formas en el D. del Trabajo y, por extensión, en su equivalente internacional.

Las formas en D. del Trabajo, ¿deben orien tarse a proteger incluso autoritariamente, al asalaria do, o bien deben favorecer la validez del negocio jurí dico y con ello la relación de empleo?. La respuesta - condicionará el planteamiento de las doctrinas que se tratan en los apartados siguientes.

La solución de compromiso, por último, y sería otro criterio diferenciador, no vendría propues ta en el entorno de las formas, como, por ejemplo, -- admitiendo unas formas especiales análogas a las capa

ciudades así calificadas, sino templando la tendencia - el favor validitatis con el respeto preceptivo de las normas imperativas vigentes en el lugar de ejecución.

Esta nota hizo aconsejable su estudio en el ámbito del complejo normativo (24).

I. DOCTRINA DEL CARACTER PROTECTOR DE LAS FORMAS.

Esta doctrina ve cualificada su importancia en la medida en que los dos máximos representantes contemporáneos de la teoría del D.L.I., profesores -- Szaszy y Gamillscheg, proceden a defenderla, utilizando para ello, además, idénticos argumentos. Lo que tal vez careciese de importancia en cualquier otro contexto, resulta aquí particularmente significativo, habida cuenta de que los citados profesores sustentan unas -- teorías generales del D.L.I. marcadamente diversas.

Quede pues, por ejemplo, la palabra con -- Szaszy. Así, en su condición de Rapporteur, expone a -- sus compañeros del I.D.I. que, a su parecer, la regla "locus regit actum", que es una de las soluciones, poco numerosas, sobre lo que existe en Derecho Internacional Privado una unidad de pareceres general, parece

(24) V. Supra, Parte I, Cap. II, Secc. III.

justificarse ^{en} el dominio de los contratos de derecho civil por la idea de que es preciso favorecer y facilitar la conclusión de negocios y que la aplicación de la *lex loci contractus* es la más práctica desde este punto de vista. Pero esta idea no tiene la misma importancia en materia de Derecho del Trabajo, pues, en él, el fin principal del legislador no es facilitar y favorecer la conclusión de las transacciones, sino dar a la forma una función mas protectora: volver difícil el acto que pueda lesionar al trabajador. No persigue mas que en un grado menor los fines que se le reconocen en las otras materias jurídicas, sobre todo la de facilitar la prueba. ¿Es admisible, se pregunta, que una relación de derecho francés pueda ser disuelta por despido verbal, con ocasión de un viaje a Suiza o Alemania del patrón o del obrero, porque estos países no exigen forma alguna para el despido, en tanto que el Código de Trabajo francés requiere una carta certificada con acuse de recibo?. Se podría pensar, sigue, en el caso en que solamente el empresario viaja a Alemania y despide a su asalariado por teléfono. Tal sería, sin embargo, la solución correctamente deducida del principio *locus regit actum*. En la práctica, el problema se presentaría, sobre todo, para los viajantes, representantes, corredores, que abandonan la sede por largos meses, y tratan con su empresario por correspondencia.

Para Smaszy, en definitiva, la forma --

debiera regirse por la ley aplicable al fondo, que en la práctica no sería otra sino la ley de ejecución, en la mayoría de los casos. Se contribuiría con ello a la unidad de la ley aplicable, que amén de la capacidad, como se vió páginas atrás, regiría la validez intrínseca y extrínseca y, se puede intuir, los efectos (25).-- Dado que de todo esto se va a tratar en páginas posteriores, solo se resaltará aquí el optimismo del profesor húngaro con respecto a la aceptación universal de la regla locus. Como recoge el Decano Aguilar Navarro, cabe abrigar dudas al respecto (26).

En la misma línea de Szaszy, el suizo Vig cher aportará en su reciente Curso de la Academia, algunas matizaciones interesantes. Para este profesor, cuando en un tipo dado de contrato la forma es uno de los instrumentos principales para la protección de la parte mas débil, no es, ya, un elemento accesorio del contrato para el cual se pueda justificar un tratamiento favorable, sino que, como un tema principal, comparte el destino de la substancia. Aquí, forma y substancia son dependientes en un grado tal que la aplicación alternativa de la lex loci contractus pierde su justi-

(25) V. Zagreb, p 374 y ss; de Szaszy, asimismo, ILL, cit, pg 307 y ss, Conflicts of laws, 146; Cfr, también, Gamillscheg, Principes, p 477 y ss; Lab. contracts, cit, p 16 y s; Valladao, Zagreb p 454, 480; Graveson, ibid, p 428.

(26) Vid, Derecho Civil, cit, p 487 y ss.

ficación. La única ley relevante en estos casos debería ser la que gobierna la substancia. En casos de esta categoría sólo el principio de la equivalencia puede orientar a que se mantenga el contrato incluido en la forma de la *lex loci contractus*.

En apoyo de su argumentación, el profesor suizo cita la sentencia de la Chambre civile de la Cour de Cassation francesa con fecha 28 mayo de 1963 (*Société les Films Richebé V Société Roy Export et Charlie - Chaplin*) (27).

Quede aquí, pues, reflejada en estas breves líneas, la opinión doctrinal según la cual el carácter del contrato de trabajo implica, en cuanto a su forma, una visión estricta basada en un afán especial de protección. Se pasa ahora a estudiar la postura opuesta.

(27) Cfr. Vischer, Antagonism in the field of contracts, en *Rec. des Cours*, 1974, II, 142, p 51 y nota 57.

II. DOCTRINA DEL "FAVOR VALIDITATIS".

A partir de unas opiniones de autores que ilustran significativamente esta teoría, y una breve - referencia a la Resolución del I.D.I., en su artículo 2, se completa ahora el cuadro que se ha venido trazando en las últimas páginas sobre lo que, referente a la conclusión del contrato, ha expresado la doctrina contemporánea (28).

Continuando en este campo su polémica con Szaszy, el belga V. Hecke expone que si la regla locus regit actum se admite para actos tan importantes como el reconocimiento de un hijo natural o el contrato de matrimonio, no se ve porqué no habría de admitirse para la conclusión o ruptura de un contrato de trabajo.- No debiera ser de otro modo sino en el caso en el que la formalidad impuesta fuese de naturaleza administrativa (por ejemplo registro cerca de una autoridad) -- (29).

(28) V. a favor: Balladore Pallieri, op y loc cit, en nota 1; Cansacchi, id en nota 10; Cottrau, op cit p 223; De Nova, en Zagreb (I), p 439, Fragistas, ib, 415; Francescakis, ib, 420; Freyria, Actes, - 456; Knapp, op cit, 166; Lanfranchi, op cit, 38 y ss; Mosconi, op cit, 258; Piron, op cit, Udina, Zagreb, 444; V. Hecke, ibid, 432; Vitta, op cit, 325.

(29) V. loc cit en nota anterior.

Con respecto al sistema español cabría du dar a la hora de admitir los ejemplos avanzados por el profesor V. Hecke. Así, específicamente, son listados por el profesor Aguilar Navarro como derogaciones a la aplicación facultativa de la regla locus regit actum -- (30). Por su significado, sin embargo, como toma de -- postura en este área laboral por parte del profesor -- belga, se trae a colación aquí.

Con unas precisiones de gran interés, otro miembro de L'Institut, profesor Fragistas, dirá que en la gran mayoría de los casos, al que interesa salvar -- la validez del contrato de trabajo concluido sin forma -- lidades es al propio trabajador. Para salvaguardar sus intereses es preciso ~~ser~~ generoso en lo que concierne a la forma del contrato de trabajo. Es, pues, oportuno -- permanecer fiel al principio locus regit actum en su -- sentido facultativo que puede salvar, en cuanto a la -- forma, la validez del contrato si éste es conforme a -- la ley del lugar de conclusión, o a la lex causae, o -- incluso a la ley de nacionalidad común de las partes -- (31).

Contra el carácter imperativo de la regla locus, y llegando a conclusiones que le sitúan en esta línea doctrinal, Pirón expone que aquella, en esa --

(30) V. D. Civil, cit, p 494 y ss.

(31) V. loc cit nota 28.

versión imperativa, debe ser menos absoluta en D. del Trabajo que en toda otra materia. Lo que importa para las partes, y sobre todo para el trabajador que de ello encuentra su medio de subsistencia, es que el contrato sea válido. Por eso, no sería preciso que, en los casos donde el contrato se constata por escrito, se puede ver anulado por un simple vicio de forma en vistas a una ley que no es incluso aplicable al fondo.

Así, se debe poder referir a la ley de -- autonomía, si las partes se han expresado, o a la ley de lugar de ejecución y retener la que es mas favorable a la validez del contrato (32).

Como se ve, el autor belga abunda en la línea del profesor Fragistas que será, en definitiva, la que adopte el I.D.I.:

(Art. 2, I parr.):

"Le contrat de travail est valable quant a la forme lorsqu'il est établi en suivant soit la loi désignée par les articles 3, 4 et 5 (ley que rige el fondo), soit la loi de l'Etat sur le territoire duquel le contrat a été conclu ou la loi nationale commune ou la loi du domicile commun des parties" (33).

(32) Ibid.

(33) V. Anexo I. y, tambien, Mosconi, op cit, p 258.

SECCION III. VIGENCIA DEL "FAVOR NEGOTII".

§

Una observación global de cuanto ha sido expuesto hasta ahora lleva a considerar este núcleo de problemas relativos a la conclusión del contrato como un verdadero "test", en el que, entre otras cosas, y principalmente, se van a adelantar respuestas al problema clave de la ley aplicable al fondo.

Los intereses en presencia empiezan a aflorar, centrando la polémica mas a su nivel que al de los principios. Bajo esa luz conviene ver, por ejemplo, -- las diversas opiniones que se expresan cuando en el -- marco de la capacidad, se trata de situar la figura -- del empresario. Así, se pueden recordar las palabras -- de Szaszy cuando, refiriéndose a aquel, afirma que "le es poco deseable negociar con empleados de diversas nacionalidades de acuerdo con las previsiones de una variedad de leyes ..." (34). Si se sustituye "empresario" por "Estado", se estaría mas cerca del consiguiente desenvolvimiento doctrinal del húngaro ... Y por extensión, de los que como él, defienden en general la postura territorialista.

Otra nota que puede refrendar al carácter

(34) V. este capítulo, Secc. 1ª, ap. I.

que se pregona de este núcleo de la conclusión del contrato sería la diversa respuesta, el diferente grado de susceptibilización que conllevan los dos temas (capacidad y forma) que aquí se han tratado. A tal efecto se pueden confrontar los resultados de las votaciones que, sobre los artículos 1 y 2, se verificaran en el marco de la Resolución del I.D.I., tantas veces citada. Así, mientras para la forma el acuerdo es ampliamente general (26 votos contra 1 y siete abstenciones), se le echa a faltar a propósito de la capacidad (19 votos contra 9 y 5 abstenciones) (35).

Las capacidades especiales, por último, y en el sentido utilizado hasta ahora, es decir, capacidades para la ejecución de determinados trabajos, parecen una solución adecuada en orden a equilibrar la postura entre un mantenimiento a ultranza, impensable hoy en día, del estatuto personal, y la necesaria concreción exigida en cada caso por la ley que rige el fondo. Hay que recordar, sin embargo, la acogida hostil que a esta categoría tributó en Zagreb una cualificada parte de la doctrina, principalmente italiana (36).

(35) Cfr. Zagreb (II), p 333 y s.

(36) Ib, p 332.

APARTADO UNICO.

Culmina ahora esta exposición sobre la capacidad y la forma en el contrato laboral internacional con unas reflexiones surgidas esta vez al hilo del "favor negotii".

El profesor Cansacchi, adversario, por otra parte, de la noción de "capacidades especiales", defiende lo que se puede denominar "favor capacitatis" cuando propone que la capacidad de las partes en los contratos de trabajo sea regida por sus leyes personales y, también, por las "legis laboris generalis" o "specialis" (ley aplicable al fondo, en la terminología de Szaszy), en el sentido que si una de las partes es capaz según una de estas leyes, la capacidad se debería retener, incluso en el caso de que la otra ley lo excluyese (37).

Como se vió páginas atrás, el texto de la Resolución del I.D.I. no acoge, como tal, la propuesta del profesor italiano, pero ¿no cabría preguntarse si la formulación plurilateralizada de la teoría del interés nacional, recogida en el párrafo 2 del artículo primero, encubre ampliamente el principio propuesto?

(37) V. Zagreb (I), p 404.

Que el favor capacitatis, en general, se puede admitir, lo demuestra ampliamente la jurisprudencia británica al admitirse por ésta la validez del contrato de trabajo de un menor "en tanto que se demuestre que es ventajoso para él" (38).

Retomando las formas, se puede recordar - como se erigieron dos obstáculos principales a la aceptación del favor validitatis: el carácter protector de las formas en D. del Trabajo, y las consecuencias lesivas que se podrían alcanzar de mantenerse el principio, fundamentalmente en materia de decisiones unilaterales. De todo ello se trata a continuación.

El carácter instrumental, basado en el -- consensualismo, que tiene las formas del contrato en -- Derecho del Trabajo, es, mas que opinión, una realidad recogida a todos los niveles. Así, y aún en los casos listados en los que se da una exigencia especial de -- forma (aprendizaje, embarque), la impronta de aquel De recho se hace evidente. Tal se deduce, por ejemplo, -- del comentario que al articulado de la L.C.T. referido a la forma del contrato de aprendizaje, hace el profesor Alonso Olea:

"En cuanto a la forma del contrato, la --

(38) Cfr. Marxismo y Democracia, Derecho I, Westent+ Kernig, ed Rioduero, Madrid, 1975, p 99. Cfr., - tambien, Goldschmidt, op cit, p 470.

L.C.T. contiene preceptos que quieren ser terminantes: "deberá formularse por escrito" cuadruplicado, remitiendo dos copias a la oficina de colocación para su registro (art. 144), con la firma del empresario y del aprendiz o su representante y con una serie de menciones específicas, entre ellas, la de la duración del aprendizaje (art. 145), sin que "en ningún caso puedan los patronos o maestros recibir aprendiz alguno sin celebrar previamente el contrato en la forma dicha" (art. 148). Siguen en la L.C.T. reglas minuciosas sobre el "registro" de estos contratos (arts. 149 a 153). Todos estos preceptos parecen apuntar a una forma ad solemnitatem.

Pero la propia L.C.T. dice que "el hecho comprobado de existir relaciones de aprendizaje por -- tiempo que exceda de una mes. basta para hacer efectivos los derechos y obligaciones propias del contrato -- de aprendizaje; si alguna de las partes se negara a -- cumplir con la forma "sin justa causa, podrá ser compelido a su otorgamiento" (art. 147). Se trata, pues, de una forma meramente declarativa, como la jurisprudencia ha confirmado con reiteración, sin perjuicio de -- que el empresario pueda ser sancionado administrativamente por su incumplimiento" (39).

(39) V. Alonso Olea, D. del Trabajo, 1971, Madrid, -- Fac. de Derecho, p 276 y s. Subrayado propio.

Referente al otro contrato citado, el de embarque, del que se dice "constituye el caso mas típico en todas las legislaciones de contrato que necesita de un acto de "documentación especial", en cuanto no sólo debe celebrarse por escrito, sino que es intervenido directamente por funcionarios públicos, requisito sin el cual carece en absoluto de validez" (40), es -- cierto tambien que, según el T.S. (Sala VI, 5-V-71), -- la falta de forma escrita, aunque prive de validez este contrato, no impide que las partes puedan exigir su cumplimiento" (41).

De estos ejemplos se podría deducir que, al menos en el área de la contratación, el espíritu -- protector del Derecho del Trabajo se muestra a pesar de las formas y no al contrario.

El contrato de trabajo, en definitiva, -- "no es antiformal, como en muchas ocasiones se dice: -- requiere siempre una forma, pero ésta, en general, puede ser libremente escogida por las partes (42).

Parece adecuada la respuesta de la doctrina laboralista con respecto a las formas del contrato. Una supervaloración de las mismas, aún orientada a la

(40) V. Bayón Chacón y Pérez Botija, op cit, p 238.

(41) Ib, nota 8.

(42) Ib, p 241 y esp. nota 11.

protección del asalariado, podría redundar en su perjuicio. Piénsese, a nivel general, por ejemplo, en la institución del "livret ouvrier", tan extendido en todos los países en el Siglo XIX, y medio de prueba, como se sabe, de los sucesivos compromisos del titular. Para Camerlynck, su desaparición se explica menos por la función que jugaba como medio de prueba, que por una razón diferente: el empresario inscribía allí los adelantos que había otorgado al asalariado y estaba en derecho de retener la "cartilla" hasta el desembolso de aquellos; como, además, la cartilla favorecía el control de la policía sobre los desplazamientos de los trabajadores, su desaparición era reivindicada como una de sus exigencias de liberación (43).

Con respecto al otro tema fijado, decisiones unilaterales, es perfectamente plausible, y en ello como se ha visto está la opinión mayoritaria, defender el favor validitatis a efectos de mantener la relación de empleo, y, sin embargo, abandonarlo en aquel ámbito. Idéntico sería el planteamiento en el tema de las cláusulas potencialmente lesivas (no concurrencia, contrato por tiempo determinado, etc). Así lo ha visto la --

(43) V. Boldt et alii, Le Contrat de Travail dans le Droit des pays membres de la C.E.C.A., Paris, Dalloz et Sirey, p 61.

doctrina respecto al caso "Sayers", del que se hace -- abundante mención en este trabajo (44). Así, tratándose de una clausula de renuncia a las leyes inglesas, -- en el caso mas protectoras que el esquema de compensación de accidentes de la compañía, se dice por Collins que, al invocar el juez Salmon la "rule of validation" a esa clausula, para aplicar el Sistema de Derecho que la mantenía (Holandés), más que el que la anulaba (Inglés), se hacía uso indebido de la máxima "ut res magis, valeat quam pereat" (45).

Tratándose de uno de los actos unilaterales mas cualificados, el despido, clave como se ha visto en la argumentación de Szaszy en contra del favor validitatis, es mas que dudosa, y así lo ha visto el decano Batiffol (46), que se pueda adscribir en sus aspectos formales a la regla locus. La interpenetración entre fondo y forma es tal en materia de despido que -- se remite, en opinión generalizada, su regulación en -- bloque a la ley que rige el fondo (47).

No parece oportuno, en definitiva, abandonar la teoría general del D.I.P., en tanto que ésta -- propugna, en el área de la contratación, el favor negotii. El problema del paro, por lo demás, propicia esta respuesta.

(44) V. espec, esta Parte, Cap. III, Secc. I.

(45) V. Exemption clauses, Employment Contracts and the Conflict of laws, en ICLQ, 1972, o 327.

(46) V. Zagreb (I), p 396.

(47) V. nota 44.

RESUMEN DEL CAPITULO

La ley personal, con las matizaciones de las Capacidades Especiales y la Teoría del Interés Nacional, se avanza aquí como rectora de la capacidad de las partes en el contrato. Cotejada, por otra parte, - la teoría del carácter protector de las formas con la que defiende la validez del negocio, resulta esta última triunfante en la medida en que, sobre todo, es manifiesta la necesidad de proteger y fomentar la relación de empleo. Ambos núcleos, Capacidad y Forma, se plasman, en definitiva, en la sujeción del problema - de la Conclusión del Contrato a la Teoría General del D.I.P., en tanto que ésta defiende un favor negotii -- perfectamente coordinable con el más general Favor Laboris.

CAPITULO II.

LEY APLICABLE AL FONDO.

Manteniendo la estructura del anterior, - se intenta en éste capítulo una respuesta al problema crucial de la ley aplicable al fondo. Se pasa sin más a ello, no sin antes precisar que, como es tónica común en este trabajo, se evitan en lo posible, disquisiciones sobre la Teoría General del D.I.P., de la que, al inicio, se estableció un compromiso de aplicación - práctica.

SECCION I. TENSION ENTRE AUTONOMIA DE VOLUNTAD Y LEY
DEL LUGAR DE EJECUCION.

8

El tema de la autonomia de voluntad es verdadera pieza clave en el ensamblaje del D.L.I. El gran número de autores que lo ha tratado (1), su com--

-
- (1) V. entre otros: Alonso Olea, op cit, 294 y ss; Battifol, Droit International Privé, cit p 245 y s; Zagreb, p 394; Balladore, Diritto Internazionale - Privato, cit, p 329 y s; Bayón y Pérez Botija, Manual, cit, p 173 y s.; Beitzke, en Actes II, p 401; Bisconti, Groupees, p 250; Cansacchi, La legge cit, p 9-11; tambien, Conforti, L'esecuzione, cit pg - 217 y ss.; Zagreb, 399 y ss; Cottrau, op cit, 227; Deby-Gerard, op cit, p 180 y ss; De Nova, Zagreb, 438; Ferrari-Bravo, Les rapports cit, p 391 y s.;-Fragistas, Zagreb, p 407; Francescakis, ib, 419; -Freyria, Actes II, 448; Galiana, op cit, 139 y ss; Gamillscheg, Principes 256, 272 y 278; Lab. con--tracts, cit, p 7; Graveson, Zagreb, p 422; Hoyer en European P.I.L. of Obligations, cit, 176; Joke-la, ibid, 119; Kahn-Freund, Actes II, 573 y ss, --Zagreb (II) 310, Groupees 201, 234; Knapp, Groupees p 176; Koppensteiner, ib 231; Lando, European P.I. L., 129; Lanfranchi, op cit 41 y ss; Lipstein, E. P.I.L., 157; Lyon-Caen, Europeen, 98 y ss; Malin--toppi, Actes II, 470 y ss; Marin, op cit, 183 y ss, 214, 216; Morelli, Zagreb (II), 303; Mosconi, op - cit, 262 y ss; Ortiz-Arce, op, p 529 y ss; Pane--bianco, op cit, 16, 18 y ss; Pastor op cit, 993 y ss; Pescatore, Zagreb, (II), 299; Piron, op cit, - 213, 217; Pocar, La legge applicabile cit, 726 y - ss; Quadri, Studi critici, 276 y ss; Reboul, op --

plejidad, de la que pueden dar muestra los doce criterios que en cuanto a su articulación propone Szaszy -- (2), y el propósito con el que se enfrenta este trabajo, obligan a darle un tratamiento desglosado en tres fases. En la primera se exponen las principales justificaciones que, según la doctrina, impulsan a mantener la autonomía en el contrato de trabajo internacional. Se han deslindado aquellos en tanto que criterios que la sustentan "per se", de los concebidos como respuesta a la doctrina antagónica, es decir, el predominio de la solución territorialista. Sería el caso, por -- ejemplo, de la defensa de la autonomía en base a la -- inidoneidad, en ocasiones, de la ley del lugar de ejecución, transportes, etc.

Las doctrinas que abogan por una admisión parcial del principio se estudian, en tanto que verdaderas soluciones de compromiso, en ese marco (3).

Será en fase de síntesis donde se traten

cit, 140 y ss; Sauveplanne, *E.P.I.L.*, 190; Schwind, *Zagreb*, p 440; Simon-Depitre, *Actes II*, 345 y ss; R. Dalloz (*travail*) p 969; Szaszy, *I conflitti di legge*, p 241; *The proper law* cit, p 11 y ss, *ILL*, 100 y ss, *Conflicts of laws*, 118, *Zagreb*, 247, 272, 364; Udina en *Zagreb* 443; V. Hecke, *ibid*, 430; Valladao *ib*, 449; Vischer, *Antagonism*, cit, p 45 y -- ss; Vitta, *op cit*, 329 y s, 337, también, en *Progettive* cit, p 161 y ss; Yanguas, *Zagreb*, 457; Zöllner, *Groupees*, 220.

(2) V. *ILL*, loc cit en nota 1.

(3) V. esta Secc. apt. III.

esos temas claves que, al mor del principio de autonomía, se debaten hoy por la doctrina. Serfa el caso del llamado "contrato sin ley". del "fraccionamiento del - contrato", de la vinculación del negocio con la ley -- elegida, de la "proper law ...". (4).

(4) V. este Cap., Secc III.

APARTADO I. AUTONOMIA DE VOLUNTAD.

La doctrina italiana, tan importante en cuanto al desarrollo del D.L.I., ha centrado muchos de sus esfuerzos en lo que podría ser el argumento clave de la defensa del principio: la calificación contractual obliga a someter la relación de trabajo al régimen general de las obligaciones. Páginas atrás hubo ocasión de ver como, al mor del artículo 9 del Codice della Navigazione, y de los párrafos uno y dos del artículo 25 de las Disposizioni Preliminari al C.C. italiano, se originaba una disputa entre los autores que dura décadas (5).

Actualmente, sin embargo, no parece aventurado decir que predomina en el país vecino la opinión que vincula el contrato al régimen general citado. Será, por ejemplo, la postura del malogrado Quadri, Morelli, Cansacchi, Udina, Pocar, Vitta ... Este último autor, y entre las consideraciones en que basa su famoso Proyecto, sintetiza con gran precisión esta tendencia al decir que el principio debe admitirse en cuanto no se ve porqué, si las partes se ponen de acuerdo, se les deba impedir establecer libremente la ley reguladora de su contrato (según la teoría general)... Ningún

(5) V. Parte I, Cap. II, Secc. II.

interés general o social se opone a una tal solución -- que, por otra parte, está de acuerdo con la función -- que el ordenamiento italiano acuerda al principio de -- autonomía: éste se debe respetar en ausencia de moti-- vos específicos en su contra (6). Recoge esta opinión en el artículo 20 de su citado Proyecto (7).

La llamada al régimen general de las obli-- gaciones implica, por supuesto, el respeto de las nor-- mas imperativas en presencia, en los términos que se -- vieron, por ejemplo, al estudiar en el seno del comple-- jo normativo la problemática de las normas de aplica-- ción necesaria (8).

Del juego del principio de la norma mas -- favorable, segundo pilar en el que sustenta para la -- doctrina la permanencia aquí de la autonomía de la vo-- luntad, ya hubo ocasión de hablar en una indagación -- previa sobre los Principios Generales del D.L.I. (9). Ello justifica su tratamiento sucinto que se desarro-- llará a partir de tres enfoques.

-
- (6) V. Prospettive, loc cit en nota 1. Para análisis -- general de la doctrina italiana, del autor, Diri-- tto Internazionale Privato, cit, p 320 y ss. Cfr. tambien, la jurisprudencia, cit por Pocar, la Le-- gge Applicabile ... cit, p 744.
- (7) V. ref. críticas al mismo en D. Internazionale -- Privato, p 337, nota 55.
- (8) V. Parte I, Cap. II, Secc. III.
- (9) V. Parte I, Cap. I, Secc. I.

Trazando un nexo entre el derecho material y el D.I.P., el profesor Fragistas aporta una primera visión al decir que se podría dudar del deber de insistir sobre el principio (adscripción autoritaria - por la ley) en los casos en los cuales las partes han convenido la aplicación de una ley mas favorable al -- trabajador que la prevista por las reglas de conflicto. En su opinión, se conoce ampliamente que el D.I.P. no es neutro y sus soluciones se ven influenciadas por un espíritu de favor hacia determinados intereses e instituciones. El espíritu de favor que existe en derecho -- interno se extienden tambien a las reglas de conflicto que conciernen a la misma materia. En nuestros días es cierto que en todo el D. del Trabajo hay un espíritu -- de favor hacia el trabajador que es natural proyectar al Derecho Internacional del Trabajo (10).

El profesor Canasacchi, por su parte, y -- tras admitir el juego de la autonomía de voluntad, definiendo una curiosa retorsión del principio de norma -- mas favorable al expresar que si las ventajas patrimoniales atribuidas a los trabajadores por la "lex loci laboris generalis o specialis" son mas favorables que las otorgadas por la "lex voluntatis", la lex loci -- laboris debe ser aplicada en sustitución de aquella. -- (11).

(10) V. Fragistas, loc cit en nota 1.

(11) V. Zagreb, p 400.

Retomando la defensa de la autonomía de voluntad, el profesor Kahn-Freund aporta su visión basada en la actividad del juez al decir que, en general, no cree que aquél, al escoger la ley que debe ser aplicada, ha de considerar cuál es la mejor. Pero, en conexión con los problemas de Derecho del Trabajo, debiera haber la presunción más fuerte posible en favor de la ley que es más favorable al empleado (12).

Este expediente de la norma más favorable para justificar la autonomía de la voluntad ha tenido, en definitiva, amplia acogida en la doctrina. Al efecto se pueden citar Vischer, Lyon-Caen, Francescakis, Graveson, aparte de los referidos anteriormente. Al punto hay que precisar, sin embargo que, en su generalidad, los autores que enfatizan el juego de la norma mas favorable en este entorno son movidos, tal vez, -- por la necesidad de trazar un puente entre el régimen general y el contrato de trabajo, a través de esta defensa, nada entusiástica, por cierto, al principio de autonomía de voluntad (13).

La Jurisprudencia mantiene largamente el principio de autonomía (13a).

((12) V. Groupees, p 256.

(13) V. por todos Vischer, loc cit en nota 1.

(13a) V. por ejemplo: Francia Cour de Cass, 1-7-64, -- (Maillard), cit por A. Lyon-Caen, op cit, p 276; Cass. Soc, 5-3-1969, R.C., 1970, 279, nota H. Baffol; Cass (1 ch. Civ), Jousse, 29-1-75, en R.

§

Previo al desarrollo doctrinal de la tesis que propugna la dependencia del contrato de trabajo internacional a la ley del lugar de ejecución, es conveniente fijar los distintos planos desde los que se llega a ese resultado. La aceptación o no de la Teoría General del D.I.P. en este entorno puede emplazar los dos primeros; una cierta expresión del particularismo, el tercero y último. De todo ello se trata a continuación (14).

C. 1976, 338 y ss, nota H.B.; Bélgica: Tribunal de Commerce, 3-3-70, J. Clunet, 1975, pág. 358, - nota Abrahams-Breslaw; Cour de Cass, 342-71, Ib, 358; Grecia, Areopago, 648/69, J. Clunet, 1971, p 335 y ss; nota Evrigenis y Drakidis; Tribunal de Apelación de Atenas, 1972/5082, J. Clunet, 1976, 963, nota Evrigenis-Drakidis; Italia: Tribunal de Milán, 26-9-68, R.C. 1970, 671, nota Pocar; -- Corte di Cassazione, 3-8-1968, Sorrentino c Banco de Napoli, en RDIPP, 1969, 777, con nota Clerici, Lavoro Bancario Svolto in Argentina e volontà delle parti, 972 y ss; Holanda, St. Mackay, cit, en Parte I, Cap II, ap III; Alemania: V. las cit por Gamillscheg en Lab. Contracts, p 7, notas 35-36; U.S.A.: Klekamp V Blaw-Knoxco, 179, F. Supp. 328, 330-1 (S.D. Cal. 1959); Bachmann V Blaw-Knoxco, - 198, F. Supp. 617 (W.D. Pa. 1961) cit por Ehrenzweig, P.I.L., V. III, p 13, nota 10.

- (14) V., entre otros, los estudios que de esta tesis hacen: Batiffol, Les conflicts de Lois en matiere de contrats, Paris, 1938, nº 291, p 263, Zagreb, loc cit en nota 1; Ballardore-Pallieri, Diritto Internazionale del Lavoro, cit, p 347 y ss; Beitzke, loc cit en nota 1; Cansacchi, La legge regolatrice ... cit, p 11 y 55, tambien Zagreb loc: cit

Para el profesor Szaszy, partidario cualificado de este enfoque, el D.L.I. es una disciplina -- con vigor y entidad propios. Ello implica su desvinculación respecto al D. Internacional Privado (en una -- concepción estricta de éste, sería compartida por Francescakis) en áreas claves como la Seguridad Social y, especialmente, en el contrato. Aquella desvinculación propicia como criterio básico el de hegemonía de la --

en nota 1; Cottrau, op cit, 227 y ss; De Nova, -- Zagreb, 437, 439; Ferrari-Bravo, loc cit en nota 1; Fragistas, Zagreb, 408, 409, 415; Francescakis, loc cit en nota 1, Freyria, Actes II, 453 y ss; -- Galiana, op cit, 146 y ss.; Gamillscheg, Principes, 275 y ss; Lab. Cont., 11 y ss; Giuliano, E.P. I.L. of Obligations cit, 276; Goldschmidt, op cit, p 479 y ss; Graveson, Zagreb, p 423, 427 y ss; -- Jenks, Zagreb, 435; Jokela, EPIL of Oblig., cit, 119; Kahn-Freund, Actes II, 485, Groupes, p 199 y ss; Knapp, op cit, 147 y ss; Lando, EPIL of Obligations, 134; Lanfranchi, op cit 43 y ss; Lyon-Caen, Europeen, p 93 y ss; Malintoppi, Actes II, 475 y ss, 480; Marín López, loc cit en nota 1; -- Mosconi op cit, 260 y ss; Panebianco, op cit 182 y ss; Pescatore, loc cit en nota 1; Pastor, op -- cit, 996 y ss; Piron op cit, 211, 220; Pocar, op cit 730 y ss; Quadri, op cit, 271 y ss; Rabel, -- The conflict of laws, t. III, Callaghan Chicago, 1950, 187; Simon-Depitre, Actes II, 333, 349, -- Travail en Rep. Dalloz, p 970, tambien R.C., 1973, la loi du 3 fevrier 1972 cit, 291 y ss; Szaszy, -- I conflitti, loc cit, nota 1, Conflict of laws cit, 128 y ss, ILL, 111 y ss, The proper law, cit, 11 y ss; Zagreb, 235, 248, 275; Udina loc cit en nota 1; Valladao, Zagreb, 450, V. Hecke, Zagreb, 431; Vitta, D.I.P., cit, 320 y ss; Vischer, Antagonism cit, 43 y ss.

ley del lugar de ejecución.

Resultados análogos a la tesis anterior -- se pueden alcanzar desde la que defiende, aún en el -- marco de la Teoría General del D.I.P., un predominio -- del lugar de ejecución. Aquél puede ser tanto absoluto (De Nova), como atenuado con la consideración de otros criterios, especialmente el de autonomía de voluntad, -- orientándose los autores que sostienen esta última -- opinión a posturas de compromiso. Sería el caso de Battifol, Kahn-Freund, Graveson ... (15).

De particularismo se ha hablado respecto a esta postura, y esa y no otra es, en definitiva, la nota que caracteriza a una buena parte de la doctrina italiana. Claro ejemplo es el de los autores de la época corporativista (Baldoni, Gemma, Fedozzi) aunque también en la actualidad se encuentran influencias en especialistas tan prestigiosos como Balladore-Palmeri, Venturini, Conforti ... La doctrina italiana se trae -- aquí a colación, sin embargo, como simple muestra. Esta nota particularista es fácilmente perceptible, en general, en los autores que defienden un desarrollo -- del D. Laboral Internacional estrictamente vinculado -- con nociones como la de territorialidad de las leyes, -- carácter de Orden Público de las leyes laborales etc.

(15) V. Infra, esta Secc., ap. III.

De todo ello se trató anteriormente; se excusan pues, aquí, mayores precisiones (16).

(16) V. Supra, Parte 1ª, Cap. I, Secc. III.

APARTADO II. LEY DEL LUGAR DE EJECUCION.

Se comienza a espigar entre los presupuestos lógicos de la tesis que aquí se trata, predominio del lugar de ejecución, con una llamada a lo ya adelantado líneas atrás sobre la independencia, especialmente en materia de contratación del D.L.I. Así, para el húngaro Szaszy los principios generales del D.I.P. son inaplicables en aquél, no porque las reglas de Derecho del Trabajo sean de carácter personal o territorial, o estén restringidas por el Orden Público, o sirvan a -- salvaguardar la persona de los trabajadores o porque -- el contenido de la relación de trabajo no dependa de -- un contrato de trabajo, o porque ese contrato no sea -- lo que establezca los derechos y deberes subjetivos en Derecho del Trabajo, sino, únicamente, porque el D. -- del Trabajo, por su propia naturaleza, difiere del Derecho Civil, porque los contratos de trabajo o convenios colectivos tienen un carácter diverso del de un -- contrato de Derecho Civil, las relaciones en fin de Derecho del Trabajo, y especialmente en su aspecto organizativo, difieren esencialmente de las relaciones establecidas por un contrato de derecho común ... Por -- ello, en cualquier caso, incluso si se permitiese un -- derecho de elección al trabajador, esto no proporcionaría una garantía suficiente para sus intereses. De --

hecho el trabajador ha de ser protegido contra él mismo. En la firma de un contrato de trabajo muy a menudo es solamente la voluntad del empresario la que prevalece, y el trabajador, si sólo fuese para ser empleado, se ve forzado a aceptar las condiciones que le ofrece el empresario. Si, por ello, se garantizase la facultad de elección al trabajador, sucedería entonces, en general, que las partes no estipularían la ley que mejor protegiese los intereses de aquel, sino, mas bien, la más favorable para el empresario (17).

Centrando su discurso precisamente en la última nota resaltada en el párrafo anterior, intereses en presencia, este autor aporta unas reflexiones de la mayor importancia. Para él, en efecto, el Derecho del Trabajo en cualquier caso no considera como única función la defensa de los intereses de los trabajadores, sino que también le conciernen los legítimos intereses del empresario y, sobre todo, los intereses de la economía nacional. En su opinión, no sería prudente en absoluto supeditar aquellos al mero arbitrio de las partes (18).

El protagonismo del Estado se justifica también, para el autor húngaro, por otro planteamiento de obvias resonancias. El trabajo como un proceso téc-

(17) V. ILL, cit p 96 y 5.

(18) V. Conflict of laws cit, 128; Zagreb, p 248.

nico es la primera condición fundamental de toda la vida humana, y en ese respecto en un sentido el trabajo crea al propio hombre. A través del trabajo el hombre ejercita una intencionada influencia sobre la naturaleza, y usa los objetos de aquella conscientemente para el logro de un fin reconocido por él. Este fin es la producción de bienes para servir la satisfacción de necesidades culturales o materiales. Obviamente donde toma lugar la producción o creación de estos bienes, el estado, en general, tiene autorización para regular -- las condiciones de ese trabajo (19).

Apuntado ya a la ley del lugar de ejecución, ésta puede proveer, para Szaszy, a la unidad de tratamiento en tres órdenes: leyes. relaciones personales, contrato. Así, en su opinión, la *lex loci laboris* es la ley que garantiza más efectivamente la unidad del Derecho del Trabajo, en tanto que la determinación de todas las reglas de aquel se hace con consideraciones uniformes, y se determinan uniformemente, también, las relaciones de trabajo (20).

La aplicación de la *lex loci laboris* posibilita, en fin, que no solamente las relaciones de trabajo de todos los trabajadores de la misma empresa, si no también todos los elementos de un único y mismo contrato sean regidos por la misma ley: la capacidad de

(19) V. Conflicts, cit, p 130.

(20) Ibid.

las partes, la validez intrínseca y extrínseca, los -- efectos del mismo contrato, las modalidades de su ejecución, su interpretación, las causas y efectos de su ruptura. La aplicación de la *lex loci laboris* permite evitar el "depeçage" del contrato y posibilita a la vez que no solamente las relaciones de trabajo originadas de contratos de trabajo individuales, sino incluso relaciones jurídicas originadas de los convenios colectivos de trabajo y de los seguros sociales sean regidos por la misma ley, y ciertas reglas de procedimiento aplicables en los litigios de trabajo, también (21).

El profesor italiano Ferrari-Bravo abunda, en su Curso de la Academia en esta unidad. Para él, y observando bien las cosas, el argumento mas fuerte en favor de la competencia de la ley local para todo lo que se refiere a las disposiciones sociales que interesan a una relación de trabajo, está representado por la exigencia de uniformidad de tratamiento de los trabajadores que se encuentran en el mismo lugar. Es la unidad de la base jurídica esencial sobre la cual pueden contar los trabajadores que formen parte del mismo equipo y que justifica, en muchas situaciones, la competencia de ésta ley, en razón incluso de consideraciones de paz social. Por otra parte, únicamente la ley local puede, llegado el caso, asegurar los controles --

(21) V. Zagreb, p 343.

y, a veces, las intervenciones de autoridades públicas que son a menudo necesarias, incluso en el curso de la relación de trabajo. para garantizar el desarrollo imparcial. Piénsese, por ejemplo, en la materia de derechos sindicales. Por otra parte, ciertas disposiciones no pueden ser observadas mas que si se tratan de disposiciones de la ley local. Por ejemplo, las de los días de fiesta y, en definitiva, vista la conexión con el control de las autoridades públicas, las de la seguridad del trabajo (22).

Retomando las reflexiones del maestro húngaro, la *lex loci laboris*, además, es el factor de conexión que mejor provee para la localización económica del contrato. El trabajo se caracteriza por la subordinación legal y organizativa del asalariado al empresario. Aquel tiene que seguir las instrucciones de éste. Por ello, el lugar donde el empresario produce sus instrucciones, donde el trabajador despliega sus actividades, donde tienen origen los derechos del trabajador, donde está el centro de gravedad del contrato, es de la mas gran importancia para el establecimiento del derecho aplicable. En realidad, económicamente, el contrato cobra realidad en el lugar de su ejecución (23).

(22) Loc cit en nota 1. V. tambien, Jenks, loc cit en nota 14.

(23) Loc cit en nota 19.

De su posible coincidencia con otros criterios deduce este autor otro argumento favorable a la *lex loci laboris*. Esta coincide, para él, frecuentemente con la "*lex domicilii*" e, incluso, con la "*lex loci contractus*". Además, en general, pero no siempre, el lugar de trabajo es a la vez la sede del foro. Las partes desearán invariablemente actuar sus derechos en el lugar de trabajo, y ello permitirá al tribunal aplicar su propia ley, *lex fori*. Ello no sólo hace el trabajo del tribunal mas fácil, sino que en tanto que el juez es mas ducho con respecto a su propia ley, habrá menos posibilidades de errores judiciales. En general, las partes conocen mejor las provisiones legales vigentes en la sede de trabajo y puede presumirse que, al hacer el contrato, tenían esta ley en mente (24).

La aplicación de la *lex loci laboris*, finalmente, y siguiendo a Szaszy, presenta la ventaja de eliminar inconvenientes que pueden surgir cuando el juez tiene que delimitar el dominio de las reglas de derecho privado y el de las de derecho público, visto que estaría obligado a determinar la ley competente en los dos dominios en base a principios diferentes (25).

No cabe duda que el entramado lógico que presenta Szaszy en su vigorosa defensa de la ley

(24) Ib. Subrayado propio.

(25) Zagreb, p 343.

del lugar de ejecución ostenta un alto nivel de coherencia. Este, sin embargo, suele conseguirse en D.I.P. a costa de un nivel análogo de simplificación. El maestro Kahn-Freund lo ha visto en términos de gran agudeza:

"Whenever a technical legal argument becomes intellectually and academically very attractive -- there is an (admittedly rebuttable but nevertheless -- strong) presumption that something is wrong with the law. Law is an instrument of social technique not an intellectual jeu d'armes" (26).

Habría lugar de comprobar mas adelante si se refrenda en ésta ocasión el criterio del profesor de Oxford.

La Jurisprudencia, en conclusión, pone -- aquí de manifiesto, si de arrojar alguna luz sobre temas tan debatidos como los aquí estudiados se trata, -- una doble necesidad: por una parte, matizar claramente al decantarse por una ley por qué se hace; por otra, evitar en lo posible la reiteración abusiva de motivos -- (práctica harto frecuente) porque de ello no se suele derivar más que confusión e inexactitud. Así las cosas, y en un breve muestreo, habría que destacar, por ejemplo: las sentencias en que expresamente se advierte --

(26) Delictual liability and conflict of laws, Rec. -- des Cours, 1968 II, 124, p 148.

que en base a la autonomía de la voluntad implícita se adopte la ley del lugar de ejecución, como en los del T.S. español de 30-9-59 o de la Cour de Cassation francesa (primer Ch Civile) de 29-1-75 (Jousse) (26a); -- aquellos en que esta ley se aplica en virtud de una aparente vocación general: Cour de Cassation francesa - 8-10-69, la de la Cour d'Appel de Bruselas, 16-12-71, 17-3-72 (26b); las que eligen esta ley en contra de -- una declaración expresa de voluntad, vgr. Cour de Cassation francesa 9-12-1960, Tribunal Supremo austriaco, 11-6-68 (26c); y las que, finalmente, echan mano de criterios como la territorialidad, leyes de Policía, Orden Público ... etc. Estas últimas sugieren una reflexión que acaso tuviera validez general: la mayoría de las veces que se elige la ley de ejecución es porque, en realidad, el contrato está centrado, sin mas, en ella. Cuestión aparte es la de su coincidencia o no con la del foro ...

-
- (26a) V. respect., Marín López, op cit, p 202; R.C. - 1976, p 338 y ss; nota H. Batiffol.
- (26b) V. respect. J. Clunet, 1970, p 332 nota Ribettes-Tillhet; J. Clunet, 1975, p 358-59, nota Abrahams-Breslaw.
- (26c) V. respect., R.C., 1961, 835, Gamillscheg, Lab. Contracts, pg 7 y notas 40-41.

§ Se estudian a renglón seguido los diversos puntos de vista mantenidos en orden a conciliar -- las actitudes expuestas en los apartados previos. La idea de compromiso, pues, ha sido clave para trazar este panorama doctrinal. Antes, sin embargo, unas precisiones.

La aceptación del principio de norma mas favorable, estudiado aquí en repetidas ocasiones (27), puede sugerir tambien, y sobre todo si relacionado con la autonomía de voluntad, una clara postura de compromiso. A partir de ello cupiera, tal vez, darle tratamiento en este marco. No se ha hecho así, en cambio, -- y principalmente porque su vinculación con la autonomía lo atrae a ese orden, salvas otras consideraciones.

Otra postura de compromiso podría venir -- dada, en apariencia, por los autores que defienden la autonomía de la voluntad únicamente en el área del derecho privado: Gamillscheg, Simon-Depitre, Lipstein, -- Schwind, Morelli, Freyria, Udina, Goldschmidt (distíngase esta teoría de la llamada por Szaszy "objetivista") (28). Aquella actuaría, como se sabe, permitiendo

(27) V. Parte I, Cap I, Secc I, y tambien, esta Secc ap I.

(28) V. Szaszy, *ILL cit*, p 100 y ss; por todos los autores citados V. Goldschmidt, *op cit Passim*.

la elección de normas exclusivamente "civiles", con la lógica contrapartida de la exclusividad de las normas imperativas del lugar de ejecución. El compromiso aquí, sin embargo, es inexistente: se trata mas bien de aplicar en el área laboral la teoría clásica del D.I.P. según la cual no había lugar para la consideración de -- normas públicas extranjeras. Esta tesis, como se ha -- visto, es difícilmente sostenible en la hora presente (29).

Las opiniones que se van a tratar, y es -- última reflexión previa, parecen provenir del campo de los partidarios de la opción territorialista. La aceptación parcial de la autonomía sería el medio de flexibilizar unas construcciones con claras tendencias al -- dogma. ; salir a la vez al paso de las objeciones más previsibles. Por otra parte, la solución de compromiso desde la óptica voluntarista viene dada mas que, por -- ejemplo, otorgando un trato de favor a la solución territorial como supletoria, en la toma de consideración de las disposiciones imperativas del propio lugar de -- ejecución (30). Aquello, sin embargo, constituye un -- afán de compromiso que justifica su emplazamiento aquí.

(29) V. Parte I, Cap. I, Secc. III.

(30) Ibid.

APARTADO III. SOLUCIONES DE COMPROMISO.

La primera de éstas podría ser la manteni-
da por aquellos autores que admiten el juego de la au-
tonomía de voluntad en tanto que se cifa a unos crite-
rios preestablecidos. normalmente el lugar de ejecución
o la sede de la empresa. En tal sentido, y en el marco
de las deliberaciones de Zagreb, Pescatore, teniendo -
en mente el Proyecto de Reglamento ad hoc de CEE, dijo
que la Comisión (encargada de los trabajos previos) ha-
bía dado su preferencia a la ley designada por las par-
tes. En su opinión esa regla de conflicto es demasiado
amplia y demasiado vaga; debiera ser restringida a la
opción entre la ley del lugar de trabajo y la ley del
estado donde se encuentra la empresa de origen con la
que el trabajador conserva relaciones (31). Sobre es-
ta tesis se podría pensar si, en realidad, esa objeti-
vación extrema tiene algo que ver con el principio de
autonomía, al menos en materia de ley aplicable al fon-
do de los contratos (32).

La necesidad de declaración expresa ha si-
do otro de los argumentos tendentes a promover, en de-

(31) V. Zagreb II, p 299, también Jokela: loc cit en -
nota 1.

(32) V. el juego del principio que aquí se propone en
este Capit., Secc. III, ap. II.

finitiva, la vigencia de la ley del lugar de ejecución, dando margen a la vez a la autonomía. En esta opinión inciden autores tan prestigiosos como Batiffol, Graveson, Cansacchi ... (33). En los términos del profesor inglés es factible que una solución al problema de fijación de la ley aplicable pueda ser encontrada estableciendo una presunción en favor del lugar de ejecución del trabajo, que pueda ser rechazada por una elección expresa de las partes (34). Bien es cierto, sin embargo, que Graveson se plantea aquí el problema como mera hipótesis de trabajo, llegando por su cuenta, y como se verá poco mas adelante, a una solución distinta. En el profesor de Paris, sin embargo, hay aquí una mayor coincidencia con su pensamiento; así, y a partir de esta práctica:

"Nous tiendrions ainsi compte de la spécificité du droit international du travail en inversant la méthode ordinaire que affirme la liberté des parties, puis admet que dans leur silence le juge cherche leur soi-disant volonté implicite, c'est a dire le plus -- souvent la localisation effective du contrat" (35).

A partir de la categoría de los sujetos - se puede llegar a una admisión parcial del principio -

(33) V. respect: Zagreb, p 394, 423, 400.

(34) Ibid.

(35) Ibid.

de autonomía. Es la postura de los que admiten el principio únicamente para el personal superior o "cuadros" (o éstos y los "especialistas de alta calificación", - en la terminología del Proyecto CEE). En esta opinión coinciden Batiffol, Szaszy, Kahn-Freund ... (36). Resumiendo las razones que se suelen expresar al respecto, la libertad de opción vendría motivada en la mayor preparación y conocimientos de este personal. Incluso puede pensarse en el caso, largamente excepcional, sin duda, en que sea el futuro empleado quien, en razón de su cualificación, imponga de hecho sus condiciones a la empresa. Son los típicos casos en los que, más que otra cosa, lo que se le da al interesado es una patente de corso, a efectos, sobre todo, de remodelar una empresa, o iniciar una línea de investigación, -

Se puede concluir este esquema con la tesis según la cual cabe la admisión del principio de autonomía de voluntad, con su juego usual, primando en su defecto a la ley del lugar de ejecución sobre los otros criterios. Sería la solución propuesta en el Proyecto Vitta, recientemente citado, II Restatement, Anteproyecto CEE sobre obligaciones, Resolución del IDI de 1971, tan básica en este estudio ... La importancia precisamente, de ésta última, sugiere un análisis particular.

(36) V. Zagreb, 394, 247, 304 (II).

218

Conviene recordar ahora varios artículos de esta Resolución:

Art. 3:

Sous reserve des articles 4 et 5, la validité intrinsèque, les effets, la rupture et l'expiration des contrats de travail, ainsi que les relations individuelles de travail en general, sont regis pour la loi du pays où le travail doit être exécuté.

Art. 4:

Sous réserve de l'articles, les lois ci-après sont compétentes dans les situations suivantes:

a) dans le cas où le lieu de l'exécution du travail se trouve sur le territoire de plusieurs -- Etats ou n'est que de nature transitoire, ainsi que -- dans les cas où ce lieu n'est soumis à la souveraineté d'aucun Etat ou ne peut être déterminé: la loi du -- pays où se trouve le siège social ou le domicile de -- l'employeur;

b) si la relation de travail est relative à la navigation maritime: la loi du pavillon; et si -- elle est relative à la navigation fluviale ou aérienne: la loi du pays d'immatriculation du bateau ou de l'aéronef.

Art. 5:

Lorsqu'une loi étrangère déterminée a été

expressement ou implicitement designée pour les parties, c'est celle-ci que est applicable a l'exclusion de celles prevues aux articles 3 et 3 (37).

De tener que resumirse en pocas palabras el significado de esta Resolución, se podría decir, -- sin dudas graves, y entre otras cosas, que representa el fracaso de una larga tentativa en favor de otorgar predominio en el ámbito laboral internacional a la ley del lugar de ejecución. El húngaro Szaszy, que había - suscitado el tema en la Reunión de Niza (1967), intenta, despues de ser designado Rapporteur, llevar al ánimo de sus colegas de la Comisión la necesidad de optar por la solución territorialista. Tras de un largo intercambio de opiniones, y ya en el ámbito de Zagreb, - presenta la siguiente propuesta que, en parte, se lee así:

Art. 3:

"La validité intrinseque, les effets, -- l'interpretation, les causes et les effets de la rupture et l'expiration des contrats de travail sont regis pour la loi designée pour les parties d'une maniere expresse ou implicite, et a defaut d'une telle designation expresse ou implicite, par la loi du pays ou le travail est ou doit etre executé" (38).

El maestro húngaro, como se vé, ha termi-

(37) V. Zagreb (II), p 461 y s.

(38) Ibid, p 291.

nado aceptando el juego clásico de la autonomía de la voluntad. No obstante, unos días más tarde, se había - de hacer un último esfuerzo para recuperar lo cedido: Así, cuando se abre el debate sobre el proyecto de Resolución adoptado por la Comisión, se puede resaltar - el nuevo art. 5:

"Les lois applicables en vertu des articles 3 et 4 ne s'appliquent pas lorsqu'une autre loi a été désignée pour les parties. Cette désignation doit faire l'objet d'une clause expresse, ou résulter indubitablement des dispositions du contrat" (39).

Si, como parece ser, se tenía en mente -- los trabajos de la Conferencia de la Haya de 1951 sobre Venta Internacional de Objetos Muebles Corporales, (40) se puede aventurar que se pretendía introducir un considerabilísimo recorte al principio de autonomía. - Así, en las palabras del que fue Rapporteur en aquella Conferencia, Julliot de la Morandiere: ... el texto -- del proyecto permite que, en defecto de cláusula expresa, la designación de la ley aplicable pueda "resulter indubitablement de las disposiciones del contrato", - es el sistema de la prueba intrínseca, el juez no podrá fundar su decisión, para declarar tal o cual ley - aplicable, que sobre las cláusulas del contrato, sobre

(39) Ibid, p 313, subrayado propio.

(40) Ib, p 328.

las declaraciones mismas de las partes, con exclusión de todas las circunstancias exteriores; -"indubitavelmente", se ha querido así trazar un límite a las investigaciones del juez, éste no debe escrutar las disposiciones del contrato, si éstas son ambiguas y dejan lugar a una duda seria; es preciso, para declarar tal -- ley aplicable, a través de la voluntad de las partes, que ésta sea manifiesta y no se preste a una contestación seria. Criticando luego la propuesta de tener en cuenta la voluntad tácita dice que crea la incertidumbre, tan nefasta al comercio, pues siempre permite al juez, bajo pretexto de la búsqueda de la voluntad tácita de las partes, de aplicar tal o cual ley con la que quizás aquellas no hayan ni soñado. Sobre todo si la -- autonomía de voluntad debe extenderse a la elección de la ley aplicable en materia imperativa, es preciso dar a los individuos más seguridad y exigir de ellos que -- prevean expresamente la ley a la que quieren someter-- se; si no lo hacen, el tratado ... determinará limpiamente la legislación aplicable (41).

Al aceptarse, en cambio, la propuesta de Rolin, plasmada en el art. 5 definitivo, el Institut -- se niega, por lo mismo, a consagrar la tesis territorialista.

(41) V. Conference de la Haye de droit international - privé, Documents relatifs a la septieme Session, - La Haye, 1951, p 24; cit por Mosconi, op cit, p 265.

Cabe ahora preguntarse sobre el alcance - de la solución adoptada. El profesor Batiffol puede co- locar en la pista, cuando, tras de la votación en que se aprueba el artículo 5 dice que éste realiza un com- promiso feliz entre dos tendencias nuevas: la de la -- Conferencia de la Haya del 51 ... que tiende a evitar que el juez decida que las partes hayan sometido el -- contrato a otra ley que la de la Convención, y la de - "proper law of the contract" defendida por Graveson, - que acuerda al juez una muy gran apreciación en la de- terminación de la ley aplicable (42). Obran ahora, -- pues, unas pocas reflexiones sobre la teoría de la -- "Proper Law" (43).

El término "Proper Law" ha de ser escrupu- losamente manejado. Sabido es que tanto significa la - propia ley aplicable como el método empleado en encon- trarla. Esta última nota, Proper Law como método judi- cial, sugiere la dificultad de encuadrarla entre los - límites de una norma de colisión. Dista mucho de haber una completa coincidencia de criterios, por otra par- te, en cuanto a su verdadera significación. Así, en la Sentencia de la Court of Appeal inglesa en el caso --

(42) V. nota 40.

(43) V. entre otros Graveson, PIL, cit, 404 y ss; Dicey y Morris, The conflict of laws, 9ª edition, Lon- don, Stevens, 1973, p 721 y ss; Cheshire, Private International law, 8ª edition, London, Butter- worths, 1970, p 197 y ss.

Witworth Street Estates (Manchester) Ltd. V. James Miller and Partners Ltd (44), Lord Denning expone que el "test" de la Proper Law es:

"What is the sistem of law with which the transaction has its closest and most real connection".

En tanto que Widgery L.J. expone que:

"The Proper Law of the contract is the -- law which the parties intend should govern its operation" (45).

A pesar de la contradicción de criterios, que podría trazarse hasta Dicey y Westlake, se busca - en la actualidad dar una respuesta unificada a partir de un equilibrio entre las dos posiciones. Así en las sub reglas 2 y 3 a la regla 146 de Dicey y Morris se expresa:

Sub Rule 2

"When the intention of the parties to a - contract with regard to the law governing the contract is not expressed in words their intention is to be inferred from the terms and nature of the contract, and from the general circumstances of the case, and such - inferred intention determines the proper law of the -- contract

(44) V. (1969) W.L.R. 377, 580, 383, (C.1.).

(45) V. Graveson, op cit, en nota 43, p 407. Subrayado propio.

Sub Rule 3

When the intention of the parties to a -- contract with regard to the law governing it is not ex pressed and cannot be inferred from the circumstances, the contract is governed by the system of law with -- which the transaction has its closest and most real -- connection" (46).

El último párrafo orienta a una indaga--- ción a partir de las conexiones habituales: lugar de - ejecución, residencia, conclusión, etc (47). Sin embar go, hay que decir que ninguno de ellos encierra de por sí, de manera absoluta, la respuesta al problema plan- teado. Refiriéndose al lugar de ejecución en el caso - Zivnostenka Banka V Frankman (48), Lord Wilberforce di jo:

"If the whole contract is to be performed in one place, as often it is not, that consideration is ... that much the more important. But it would be - to ignore decided cases of high authority if we were - to regard the place of performance as in any sense de- termining the proper law as a matter of rule, whether it be for the contract as a whole or for one or more -

(46) V. respect.: Dicey and Morris, op cit, pg 735, - 742.

(47) Ib, p 742.

(48) (1950) A.C. 57, 85, 86.

parts of the contract" (49).

Lo cierto es que los tribunales ingleses huyen de buscar una respuesta automática en función de ningún factor especial, por muy importante que aparezca. Muy significativamente se dice en *Jacobs V Credit Lyonnais* (50):

"There can be no hard and fast rule by -- which to construe the multifom commercial agreements -- with which in modern times we have to deal" (51).

Retomando la Resolución del I.D.I. se puede decir que la opinión de Graveson, citada por Batiffol concuerda con la concepción de la Proper Law que se ha expuesto aquí (52). Con ello se sale al paso de la objeción que Mosconi hace a Batiffol en el sentido que el autor inglés abandona la Proper Law al exigir para el contrato de trabajo declaración expresa de voluntad (53). Lo cierto es que el italiano ha confundido la opinión del profesor Graveson, que ya se adelantó como hipótesis de trabajo, simplemente, en páginas anteriores.

Lo que sí se puede acordar con Mosconi es

(49) Dicey y Morris, op cit, pg 745.

(50) (1884) R.Q.B.D. 589 (C.A.).

(51) V. nota 48.

(52) V. Zagreb, pg 424 y ss.

(53) Mosconi, op cit, p 265.

que la Resolución ha adoptado una fórmula un tanto ambigua que puede originar disparidad de soluciones, en la medida que unos jueces indagarán en la voluntad tácita y otros, simplemente, se referirán a los criterios subsidiarios de los arts. 3 y 4 (54). Hubiera sido preferible, tal vez, adoptar pura y simplemente el criterio de la Proper Law, habida cuenta, máxime, que en el artículo 7, ya estudiado, la Resolución provee a solventar los conflictos realmente graves (55). Se puede concluir señalando que ésta Resolución refuerza la nota de pactismo que parece tener bastante audiencia en el Instituto.

(54) Ib, pg 264.

(55) V. Parte I, Cap I, Secc. III.

SECCION II. OTRAS CONEXIONES.

§ Antes de desarrollar el tema objeto del primer apartado, la sede como conexión cualificada, -- unas pocas ideas para fijar el método de exposición -- que se va a seguir en todas las conexiones que aquí se tratan y la significación general de éstas.

El panorama doctrinal y jurisprudencial -- de las conexiones se ha desglosado de acuerdo a tres -- criterios: tomando como ejemplo la sede sería, en primer lugar, la índole del trabajo (móvil, fuera de sobranías, provisional, etc), es la óptica orientada al -- trabajo como tal; sigue el enfoque referido a las condiciones personales de los trabajadores (representan--tes, transportistas ... etc) o su categoría (cuadros, -- personal cualificado ... etc); por último un breve ragtreo de jurisprudencia, en la que la acumulación de -- criterios es usual.

El último punto del párrafo anterior puede orientar sobre la significación de las conexiones -- englobadas en la rúbrica general de esta sección. Se -- puede decir, en efecto, que con la excepción quizás de la sede, a ninguna de ellas se concede pretensiones hegemónicas, como es notorio con respecto al lugar de -- ejecución. Se entienden, pues, como criterios supleto-

rios caracterizados de índices de localización en ausencia de declaración de voluntad, y potenciados generalmente a través del cúmulo.

APARTADO I. SEDE.

Fuera tal vez conveniente antes de aventurarse en el estudio de la sede, hacer unas precisiones en torno al propio concepto. Se referirá sin embargo - ese problema al entorno del contrato de trabajo en el seno de los grupos de sociedades, en el que alcanza, - sin duda, su más plena significación (56).

El mayor esfuerzo para otorgar una categoría especial, casi única con respecto a los otros criterios, a la conexión sede, ha sido aportado por la -- doctrina alemana. En tal sentido se ha manifestado, entre otros, Nussbaum, Rabel, Schnorr V. Carolsfeld, -- Büllck, Beitzke, Schnitzer, Gamillscheg ... (57). La -- concordancia entre doctrina y jurisprudencia ha sido, - en el caso alemán, cierta. Se pueden citar al efecto, - las sentencias Bag, 13 mayo 59, 27 agosto 64, 20 julio 67 ... (58).

(56) V. esta parte, Cap III, Secc II, ap II.

(57) Vid Actes II, p 401, nota 8, p 578 y ss, y también, "Principes", p 272 y ss.

(58) Vid Gamillscheg en Lab. Contracts, cit, p 12 notas 95-96.

No han faltado, sin embargo, autores contrarios a conceder una categoría especial al criterio de sede. Generalmente se ha basado el rechazo en la calificación del contrato de trabajo como de adhesión, - postura ya tratada aquí. En el "Exposé Preliminaire" - de Szaszy, durante los trabajos preparatorios de la Resolución de Zagreb, se dice que, en efecto, el lugar - de sede de la empresa presenta la ventaja de la estabilidad, pero la objeción de principio que puede hacerse a la ley de sede es que el contrato de trabajo es, lo más a menudo, un contrato de adhesión y la ley de - la parte que ha elaborado tal contrato no es factor general de conexión (59).

Aunque no mantiene la calificación de adhesión para este contrato el brasileño Valladao rechaza también esta adscripción general en base a posibles abusos de derecho (60).

Toca ahora estudiar el tema en los términos fijados en las notas liminares.

La inexistencia de un lugar de ejecución estable conlleva, para algunos autores, la adscripción - de los trabajos correspondientes a la ley de sede. En este núcleo se engloban diversos tipos de trabajos: -

(59) V. Zagreb, p 345 y, también, Actes II, p 351.

(60) V. Zagreb, p 451.

transportes, trabajos que exigen desplazamientos, etc. Se muestran partidarios de esta orientación entre otros, Szaszy, Fragistas, Francescakis, Graveson, De Nova, Udina, Yanguas, Pescatore, Marín López, Simon-Dépitre, Lyon-Caen (61). Ha sido recogida también, con diversa gradación, en el Proyecto de Reglamento CEE, y en el de Convención, también en el marco comunitario, sobre obligaciones (62). Matiza atinadamente esta postura el profesor Fragistas al decir que la *lex loci laboris* no es aplicable en los casos en los que el empresario contrata empleados para trabajar en países diferentes, o allá donde tenga necesidad de su trabajo. Es así, por ejemplo, que las relaciones entre las empresas que tienen centros de actividad en diferentes países y sus empleados que son contratados para trabajar en los diferentes lugares donde sean enviados, no se regulan por la ley del país a que se desplazan cada vez para trabajar. La ley, en su opinión, a la cual se somete la relación de trabajo, debe ser la misma y no cambiar cada vez que el trabajador cambia del lugar. De esta manera, continúa, la voluntad de las partes para determinar el lugar de trabajo juega indirectamente un cierto cometido para determinar la ley aplicable. En los casos anteriormente expuestos, en definitiva, -

(61) V. respect. Zagreb, pg 5, 257, 408, 420, 425, 437, 444, 458; Zagreb II, 297, op ult. cit, 201; La loi du 3 janvier cit pág. 291, Europeen, 96.

(62) V. Parte I, Cap. II, Secc. II.

Fragistas propone la ley de sede (63).

Precisando sobre esta línea, el profesor Batiffol mantiene que no se debe admitir la remisión a la sede si es posible destacar un lugar de ejecución principal (64). En ello concuerda Valladao apoyándose en la añeja Resolución de la I.L.A. (65). Para Freyria, en cambio, hay un rasgo de arbitrariedad al intentar destacar un lugar de ejecución principal (66).

La teoría alemana del "Ausstrahlungen" -- (Rayonnement, Radiation) también ha sido ampliamente recogida por doctrina y jurisprudencia (67). Surgida, como se sabe, en tanto que manifestación "sui generis" de la extensión del área de influencia de la empresa, se puede trasladar a la de la ley aplicable al fondo. Esta concepción ha sido criticada por Gamillscheg, admitiéndola aquel únicamente en el área del D. Público (68).

Se aboga también por la sede de la empresa en el caso en que el trabajo se ejecute en un lugar no sometido a soberanía, vgr, alta mar o el espacio ce

(63) V. Zagreb, 409.

(64) Ibid, 395.

(65) Ib, 451.

(66) Actes II, 453.

(67) V., por ejemplo, Beitzke, Actes II, p 402 y jurisprudencia allí citada; también, Cass. Com. 9-XI-59 (Carton), R.C. 1960, p 596, nota M.S.D., J. Clunet, 1960, p 1064, nota G. Lyon-Caen.

(68) V. Principes, 285.

leste (69). Para Valladao esta adscripción es inexacta en la medida en que no se da verdadera inexistencia de una ley del lugar de ejecución ... Esta sería la del - pabellón del barco o la de inmatriculación de la aeronave o satélite artificial. Resulta claro que el maestro brasileño no había centrado su atención en el problema de las plataformas petrolíferas (70). El I.D.I., ha recogido, en fin, esta solución con el artículo 4 - de la Resolución de Zagreb (71).

Se centra ahora el segundo núcleo del esquema fijado para el desarrollo doctrinal de este criterio con la interesante polémica surgida en torno a - la regulación por la ley de sede de las relaciones de trabajo en las que son partes los empleados superiores ("cuadros") y asimilados.

En el ámbito de las posturas de compromiso entre los partidarios de la autonomía de voluntad y los de la ley del lugar de ejecución se pudo ver como algunos autores defienden la primera si referida a los empleados superiores o cuadros (72). Enfatizando ahora la adscripción a la sede, el maestro Kahn-Freund mantiene que no es aventurado sugerir que, cuanto mas al-

(69) V. generalmente loc cit en Zagreb, nota 61.

(70) V. sentencia "Sayers", espec. en esta Parte, Cap. III, Secc. I.

(71) V. nota 37.

(72) V. Secc. I, ap. III.

to el lugar de un empleado en la jerarquía de la organización empresarial, es más significativo para la determinación de los derechos y obligaciones mutuos del empresario y su empleado la ley del país en el que la firma tiene su centro de dirección: su "sede social -- real", y es menos significativo el lugar en el que le acontece estar trabajando. Para Kahn-Freund, en definitiva, los empleados superiores deben ser "móviles": -- pueden ser enviados de un país a otro a supervisar y -- organizar: la ley que gobierna sus derechos y deberes contractuales no puede depender de su esporádica residencia en esos países (73).

Ahondando en el tema, el profesor Szaszy añade unas observaciones de gran interés, al decir que la aplicación de la ley de sede de la empresa a los -- cuadros tiene una gran importancia con vistas a los -- países en vías de desarrollo. La mayoría de los estados que han accedido recientemente a la independencia están, por así decirlo, desprovistos de "cuadros". Llamamos entonces a los países ricos a exportar sus técnicos, sus ingenieros. Pero la tesorería de estos países conoce a veces dificultades y es primordial asegurar a los trabajadores la protección de sus ganancias. Los -- casos se complican, aún mas, por el hecho que el "cuadro" no trata directamente con el estado extranjero, -- sino que permanece asalariado por cuenta de una empre-

(73) V. Actes II, 485.

sa trabajando a cargo de aquél. En su opinión, y de -- una manera general, se puede decir que, para los cuadros, el lugar de sede de la empresa fija la ley aplicable al contrato de trabajo (74).

Esta orientación que, a no dudar, ha tenido un cierto éxito en doctrina y jurisprudencia (75), no ha carecido, sin embargo, de detractores. El belga V. Hecke, por ejemplo, estima más conveniente la bds-- queda de la conexión más vinculada que operar con estas categorías de cuadros y, también, representantes y asimilados, a su juicio demasiado rígidas (76).

Desde la óptica territorialista, el decano Batiffol critica también la adscripción general de los contratos de cuadros a la ley de sede. Ocurre, según él, que hay de entre aquellos quienes son contratados exclusivamente para ejercer sus funciones en un lugar determinado, donde a veces son incluso reclutados, y tienen allí residencia y nacionalidad. La sustitución en favor de la sede debiera ser, pues, objeto de una cláusula expresa. Sería lo mismo en el caso de los países en desarrollo. Con el representante habría que pro

(74) V. Zagreb, 431.

(75) V. entre otros: M. Simon-Depitre, voz "travail" - en Rep. Dalloz II, p 970; Cansacchi, Zagreb, 399, Graveson, ib 425, y, también, sentencia citada en loc cit en nota anterior.

(76) Zagreb, 431.

ceder, en fin, análogamente, asegurando en todo caso - la posibilidad de determinar la ley de ejecución principal (77).

Al hilo de las observaciones de V. Hecke y Batiffol se ha podido ver como hay una tendencia a - asimilar cuadros y representantes, etc. Para Szaszy, y apoyándose en abundante jurisprudencia, aquella vendría dada en que si el trabajador es una representante co-- mercial o un agente de negocios, un comisionista, un - viajante, etc, y si es un comerciante trabajando por - cuenta propia, la "lex laboris generalis", la "lex lo- ci laboris" debe ser aplicada; pero si no trabaja por cuenta propia, la ley de sede de la empresa debe ser - aplicada, pues el trabajador debe ser considerado como un cuadro, un trabajador ocupando un lugar elevado -- (78). Al respecto Fragistas emite serias dudas sobre - si cabe considerar que viajantes, etc. sean, en reali- dad, empleados superiores (79).

El I.D.I., en definitiva, ignorará en su Resolución del 71 toda referencia a las categorías de los trabajadores (cuadros, altamente cualificados, -- etc), siguiendo, precisamente, las opiniones de profe- sor griego últimamente citado. En efecto, para Fragis-

(77) Ib 395.

(78) Loc cit en nota 74.

(79) Zagreb 411.

tas es difícil justificar, a esta altura de los tiempos, un tratamiento distinto (discriminación fuera tal vez la palabra adecuada) entre los trabajadores, únicamente por su categoría profesional. Los matices clasistas del principio, y su dificultad práctica, Fragistas señala la ambigüedad del criterio de "cuadro", así como la conveniencia de dar respuesta a los problemas a través de distinguir la clase de trabajo en sí, vgr, móvil, estable, etc. dan por buena, sin duda, la solución de Zagreb.

Para concluir este examen de la conexión sede, obra reseñar que ha sido acogido en jurisprudencia juntamente con otros criterios, y en especial el - de conclusión, a la hora de fijar la ley aplicable al fondo (79a).

(79a) V. Cour de Cass. belga, 27-3-68, J. Clunet, 1971, p 888, nota Abrahams-Rabine, también: BAG, 27-8-64, 20-7-64, 20-7-67, cit por Gamillscheg, Lab. Contracts, p 12, nota 94-95.

APARTADO II. LUGAR DE CONCLUSION. CRITERIOS PERSONALES.

El estudio de la conexión "lugar de conclusión" se hace aquí, brevemente, en tres fases expositivas. En la primera se analiza como criterio principal, independientemente de los tipos de trabajo. Estos constituyen el marco para la segunda parte del enfoque, que se cierra con un apunte jurisprudencial.

El lugar de conclusión como conexión básica tuvo ciertamente amplia acogida en tiempos pretéritos. Se pregonaba con ello el acuerdo con la Teoría General del D.I.P. en materia de obligaciones. Bajo esa óptica hay que enfocar la Resolución del I.D.I. de Luxemburgo (1937), en la que se concedía, en sus artículos 2 y 3, un valor cualificado a aquel lugar (80). La práctica jurisprudencial, por otra parte, se hacía eco de esta tendencia recogiendo la conexión como determinante, si bien es verdad que ignorando muchas veces la existencia de un verdadero cúmulo (81).

Esta conexión, por otra parte, y tanto en su aspecto legislativo como jurisdiccional, ha sido -- muy utilizada a la hora de justificar la aplicación -- del derecho del foro a relaciones de trabajo iniciadas

(80) V. Annuaire de l'IDI, 1937, pg 274.

(81) V. Rabels, op cit, 184 y 185, nota 15.

en ese país, generalmente por algún nacional. Esta última nota se puede refrendar todavía en la actualidad a partir de la jurisprudencia austríaca que, tras algunas vacilaciones, refrendó en su sentencia del Obergerichtshof de 22 de octubre de 1957, la sumisión de los contratos laborales a las Secciones 36 y 37 de su Código Civil que, como se sabe, disponen la aplicación del Derecho austríaco para los contratos concluidos en ese país. Análoga orientación se puede percibir en España a partir, por ejemplo, de la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de diciembre de 1974, recogida, en reciente artículo, por el titular de Granada (82).

En la actualidad, y tras de los nuevos desenvolvimientos doctrinales (Proper Law, Prestación característica, Indices de localización ... etc) la conexión que aquí se trata ha sido muy relegada en importancia, enfrentándose incluso en el área laboral con la hostilidad notoria de gran parte de la doctrina. Así, por ejemplo, el gran comparatista Ernst Rabel dice: "By itself, *lex loci contractus* is an inept rule, despite Dicey and Beale" (83). El motivo de esta hosti

(82) M. López, op ult. cit, pg 202, v. tambien, las sentencias italianas, citadas por Pocar, La legge applicabile ... cit, p 743, en los casos Tacoli-Mendel y Pereti C Impregilo and Co, Ltd.

(83) V. op cit, pág. 185; tambien: Szaszy, Conflicts - cit p 142, y, en general, David F. Cavers, Con--temporary Conflicts law in American perspective Rec. des Cours, 1970, III, 131, p 217.

lidad se puede trazar en lo accidental de la conexión y, sobre todo, en la posibilidad de originar fraudes. Se añade a lo anterior, también, la dificultad de precisar el lugar en los contratos "inter absentes". En derecho italiano, sin embargo, se considera concluso el contrato en Italia en tanto que el conocimiento de la aceptación se produce en ese país, independientemente de que el aceptante se encuentre en el extranjero. Es el caso, por ejemplo, de la sentencia *Tassay Betz* -- *Contra Riunione Adriatica di Sicurtà* (84).

Aunque, como se ha visto, el criterio en tanto que básico no goza del favor de la doctrina, es cierto también que se avanza por algunos autores como índice valioso en el entorno de los "trabajos especiales" (móviles, fuera de soberanías, etc). Es el punto de vista mantenido, por ejemplo, por Freyria (85), y en su "Exposé Preliminaire", para los trabajos no listados por él en sus "legis laboris specialis", por el húngaro Szaszy (86), recibiendo favorablemente por Batiffol y Valladao (87), en tanto que, para Fragistas, debía ceder ante el método de la "Proper Law" (88). La

(84) V., t. Milan, 13-7-1971, RDI, 1972, p 177 y ss, - nota Malintoppi, también, Zagreb, p 357.

(85) V. Actes II, 453.

(86) V. nota 84.

(87) V. resp. Zagreb 296, 454.

(88) Ib, p 413.

Resolución, en definitiva, ignora largamente este criterio.

Finalmente, y en tanto que acumulada con otros, esta conexión ha sido resaltada en doctrina -- (Szaszy, Lyon-Caen, Kahn-Freund, Rabels) (89), y en jurisprudencia (89a).

Toca ahora reflexionar siquiera brevemente sobre la significación de los criterios personales a la hora de fijar la ley aplicable al fondo del contrato. Antes, sin embargo, algunas precisiones.

Si en alguna parte se confirma la relatividad de las conexiones, objeto de esta Sección, si individualmente consideradas, es aquí, en las personales. De tiempo se reconoce el predominio de los criterios territoriales (90). Por otra parte resulta imposible ya sostener que una determinada ley personal defienda mejor los intereses del asalariado. Todo ello resulta en un retroceso de estos criterios a simples índices, considerados la casi totalidad de las veces en cúmulo.

Se pasa ya al estudio de estas conexiones,

(89) V. respect. Zagreb 346; Europeen p 96; Actas II - 484 y ss; Rabels, op cit 185.

(89a) V. entre otras: Cour de Cass. belga 27-3-68, cit en nota 79a; T.S. 17-11-60, cit por Marin López, op ult cit p 204, nota 52. V. tambien, T.S. 22-6-64, J. Clunet, 1973, p 800, nota Cremades.

(90) Rabels, op cit, p 189.

no sin antes observar que, a efectos prácticos, el domicilio del empresario se asimila al criterio de sede. Ello justifica su carencia de tratamiento aquí.

Como criterio supletorio general se mantuvo, por una cierta doctrina, la ley nacional común de las partes (91). Es práctica también acogida por la Jurisprudencia alemana (92), aunque sea esa misma jurisprudencia la que, en determinadas ocasiones, haya manifestado que el hecho de la nacionalidad común no localiza necesariamente el contrato. Para el caso de las sentencias del Landesarbeitsgericht München. Arbeitsrechtliche Praxis, 1951, nº 114; Landesarbeitsgericht Düsseldorf, Arbeitsrechtliche Praxis, nº 1 IPR (93).

El profesor Szaszy, por su parte, se muestra remiso a conceder ninguna significación especial al criterio (94). Superando, sin embargo, concepciones nacionalistas, parece que el criterio de nacionalidad común puede ser importante a la hora de localizar el contrato (95).

(91) Actes II, 352 y notas allí cit.

(92) Gamillscheg, Lab. Contracts, p 12, nota 98 y ss - allí citados. También, Oberster Gerichtshof, 22-10-1957, Austria, J. Clunet, 1959, p 873, nota -- Seidl-Hohenveldern.

(93) Cfr. Actes II, 403, y nota 8.

(94) V. Zagreb, 346.

(95) Ver ese sentido Rabels, cit en Actes II, p 352, - nota 8. También, Panebianco. op cit, 226 y, s y -- sentencias allí citadas.

La residencia del asalariado en el momento de concluir el contrato, ha sido criterio mantenido como decisivo por la Jurisprudencia Inglesa. Así, -- Kahn-Freund dice al respecto que se puede asumir que -- un tribunal inglés estará inclinado a apreciar un contrato entre una firma inglesa y un empleado residente en Inglaterra al tiempo de concluir el contrato, como gobernado por la Ley Inglesa (96).

En cuanto a los trabajos aquí llamados -- "especiales", también se consideran por algunos autores como campo apropiado para estas conexiones. Será, por ejemplo, la postura del danés Borum, reflejada en los tribunales del país (97). En análogo sentido la -- sentencia del Bundesgerischthof 14-3-56 (98), y el punto 1 del párrafo primero del artículo 27 de la ley polaca del 1965 que, específicamente, considera como competente la lex domicilii del comisionista y el corredor (99).

De entre las sentencias más recientes, y mediado el cúmulo, se puede recordar la del T.S. de -- 22-12-72.

(96) Actes II, 485.

(97) Szaszy, the Proper Law ... p 23, nota 90.

(98) Cit en Zagreb, p 354.

(99) Ib, también, Tribunal Marítimo y Comercial, Dinamarca, 19-3-71, J. Clunet, 1972, p 897, nota Philip-Kallehauge.

SECCION III. VIGENCIA DE LA TEORIA GENERAL DEL D.I.P.

Se reflexionará a continuación sobre los dos núcleos del encabezamiento, tratados en páginas -- previas a nivel expositivo bajo la rúbrica "tensión -- autonomía de voluntad-lugar de ejecución". Reconocido el valor secundario de los demás criterios parece oportuno, en fase de análisis, centrar el estudio en aquella división. Queda para mas adelante hacer lo propio con el principio de autonomía de voluntad.

APARTADO I. CRITICA DE LA POSTURA TERRITORIALISTA Y LAS DE COMPROMISO.

El estudio del primer núcleo, doctrina -- de la hegemonía de la ley del lugar de ejecución, ha sido precedido de una labor clasificatoria en base a tres criterios: se ignoran las tesis que por su clara indefensibilidad no requieren mayor atención, sería el caso, por ejemplo, de la defensa de la postura territorialista en cuanto mas protectora del asalariado (100), o las que son meras especulaciones filosóficas, tal co

(100) V. Gamillscheg, Principes, p 286.y Luigi Ferrari Bravo; Les Rapports, cit p 392.

mo la función creativa del trabajo, traída a colación en este entorno (101), y en general las que reciben -- tratamiento en lugares mas idóneos. Así tamizados los argumentos en favor de esta doctrina, el primer núcleo a tratar será el de los intereses.

Contraponiendo los intereses del Estado, defendidos por su ley territorial, a los de los particulares, potenciados a su vez en muchos casos por la -- autonomía de voluntad, el húngaro Szaszy se decanta -- por aquellos y, por ende, por el criterio de ejecución, en la medida que, según él el Derecho del Trabajo se -- encamina, sobre todo, a la defensa de la economía na-- cional no siendo prudente supeditar los intereses de -- ésta al libre arbitrio de las partes.

La función que otorga al Derecho del Trabajo el profesor Szaszy es ciertamente importante; -- otra cosa es que sea la primordial. Es preciso recordar que, para una buena parte de la doctrina laboralista; el Derecho del Trabajo es, fundamentalmente, un -- derecho de desigualdad, de protección, en definitiva, de los intereses del obrero, principalmente (102). Por otra parte, y siguiendo al decano Aguilar Navarro, es

(101) V. contra Graveson, Zagreb, p 424 y s.

(102) Cfr; Lyon-Caen-Camerlynck, Droit du travail, Dalloz, 1973, 6ª edic., nº 26, p 27. También, Camps Ruiz, op cit, p 396 y s.

perfectamente legítima una defensa de los intereses de los particulares en tanto que los estados modernos se hallen inmersos en un proceso de autojustificación, -- del qué resulta, en definitiva, un alto grado de marginación de las comunidades que constituyen su base -- (103).

Se ha tratado el tema de la distinción de recho público-privado en suficiente medida como para -- obviar el apunte de la doctrina territorialista según el cual la adscripción a la ley de ejecución librería al juez de la necesidad de indagar al respecto. Se menciona aquí, sin embargo, en tanto que el jefe de fila de aquella doctrina, profesor Szaszy, defiende a lo -- largo de su obra la conveniencia de ignorar la distinción y aplicar el derecho extranjero reclamado en su totalidad. Así, y tras defender esta última tesis, dice que probablemente será atacada, ya que rehusa trazar una línea entre las reglas de derecho público y -- privado en la esfera del Derecho del Trabajo para el -- establecimiento de la ley aplicable; también porque, -- en esta teoría, cuando el lugar de trabajo es extranjero, la legislación laboral extranjera debe ser aplicada enteramente; porque, de acuerdo con esta tesis, --

(103) M. Aguilar Navarro, explicaciones de Cátedra, -- Curso 77-78; también Vitta, op cit, p 337 y nota 54 allí citada; asimismo, E. Perez Vera: Intereses cit, p 21 y ss.

sólo el Orden Público limita la aplicación del derecho extranjero. Este Orden Público, por contra, lejos de -- confinarse a unas reglas fijas, radica en la discrección del juez. También mantiene el profesor húngaro -- una postura liberal del Orden Público, al decir que la regla extranjera preterida puede sustituirse por otra de su propio ordenamiento o, incluso, por la de un tercer estado (104).

A la vista de lo anterior cabe lamentarse de que el maestro húngaro no haya desarrollado su construcción hasta sus límites lógicos, anclándose en cambio en consideraciones estatistas que restan sin duda valor a su decididamente importante esfuerzo científico (105).

El criterio de unidad, y con ello acaban estas reflexiones sobre los argumentos favorables a la solución territorial, proporciona para algunos autores, como se ha visto, la base mas sólida de esta doctrina. Según ellos, pues, y en resumen, la ley del lugar de -- ejecución proporciona, en la relación de trabajo, unidad al respecto de la conclusión y efectos del contrato y, sobre todo, es cuestión anexa, igualdad de trato

(104) V. Scritti per Gaspare Ambronisi cit, p 2105, -- y, también, M.A.N., D.L.P., Reglamentación cit, p. 224 y ss.

(105) Cfr. Principes, 279.

para los trabajadores de la misma empresa. Habida cuenta que ya en su momento se probó la inconveniencia de separarse de la Teoría General en el plano de la conclusión (106), y que la unidad de efectos se puede conseguir con cualquier ley (cualificadamente, por ejemplo, de seguirse el método de la Proper Law) (107), — queda para estudio el tercer punto, que encierra, por ende, gran interés.

La clave del argumento de la igualdad de trato (recogida especialmente por Ferrari Bravo) viene dada en la necesidad de evitar las posibles perturbaciones que podrían originarse en la empresa a partir de la coexistencia de leyes aplicables. Esto es relativamente común en las filiales de un grupo de empresas, por ejemplo.

Por conveniente que parezca, éste argumento no justifica un tratamiento preferente, y mucho menos hegemónico, de la ley del lugar de ejecución. El — que haya tenido una mínima vinculación con una empresa sabe que estas distan mucho de ser un bloque homogéneo. Piénsese por ejemplo, a nivel psicológico, en la medida que consideraciones de este tipo pueden influir en la citada ruptura de la paz social. en las diferencias sentidas y presentidas entre los empleados de adminis-

(106) V. Esta Parte, Cap. I, Secc. III.

(107) V. Dicey-Morris, cit, 722.

tración y talleres de cualquier fábrica. La existencia de un normalmente escaso número de asalariados, sujetos, en definitiva, a condiciones eventualmente mejoradas, no parece deber alterar, y de hecho no altera, el normal desenvolvimiento de las empresas. El Derecho, por otra parte, asume a todos los niveles mediante reglamentaciones específicas, las lógicas consecuencias de la especialización funcional del mundo del trabajo (108). Piénsese, por ejemplo, a nivel internacional, en la Comisión de Trabajadores Intelectuales de la O.I.T. .. Resulta evidente, en definitiva, que este argumento de la igualdad y la paz social encierra unos tonos desmesurados que lo desaconsejan.

Unas breves consideraciones finales antes de pasar al segundo núcleo objeto de este apartado.

Antes de adscribir autoritariamente el -- contrato de trabajo a cualquier ley, aquí a la del lugar de ejecución, conviene tener en cuenta lo que el -- maestro inglés Kahn-Freund expresó en el ámbito del II Congreso Internacional de D. del Trabajo (Ginebra, -- 1957):

" ... If this is correct, it follows that, where both the employer's centre of control and management and the employee's place of performance are rele-

(108) V., por ejemplo, art. 10, 6 de la L.C.T.

vant factors in determining the proper law, neither -
 of them can be allowed to become a "fetish". The need
 for flexibility in the criteria used for the determina-
 tion of the proper law of the contract of employment -
 arises from the generality of the concept of a contract
 of employment: it covers so many social phenomena that
 any formula in the conflict of laws seeking to treat -
 all cases alike would force an infinite variety of fac-
 tual relations into too rigid a legal mould" (109).

Cualifica la postura del prof. británico
 el que éste favorezca en sus escritos la solución te--
 rritorial (110).

El profesor Szaszy, finalmente, reconoce
 las muchas excepciones que en la práctica plantea la -
 aplicación de la ley territorial (apunta hasta nueve)-
 (111) y, dado que es precisamente en esas excepciones
 (transportistas, representantes, etc), donde suele ra-
 dicar la verdadera problemática del D. Laboral Interna-
 cional, como cualquier rastreo jurisprudencial pondría
 bien pronto en claro, cabe preguntarse por la vigencia
 de un principio que no sólo tiene un importante número
 de excepciones, sino que éstas, a su vez, encierran --
 una entidad mayor que aquél.

(109) V. Actes II, p 485 y s. Subrayado propio. También
 Gamillscheg, Principes, p 286.

(110) V., por ejemplo, Zagreb II, 304.

(111) V. ILL, p 117.

Siguen ahora unas cortas reflexiones que flanquean el paso a la crítica del segundo núcleo fijado, es decir, las posturas de compromiso. Cabe recordar que las dos primeras opiniones que abrían aquel -- apartado se plasmaban en una aceptación parcial del -- principio de autonomía, a partir de su declaración expresa, o de una opción restringida a los criterios de ejecución o sede. Valga decir que esas posturas no hacen sino encubrir un rechazo práctico del principio de autonomía, impidiendo, sin mayores ventajas, el buen juego que, según acuerda la doctrina contemporánea, puede dar aquél. En tal sentido se ha manifestado, en su ya citado comentario al 10.6 del nuevo Título Preliminar, el profesor Ortiz-Arce, enfatizando el quehacer judicial: "Al facilitar un margen al juez para determinar la voluntad implícita no se restringe el juego de las normas imperativas del foro sobre la organización y reglamentación laboral, pero se permite una flexibilidad para evitar las consecuencias inesperadas de seguir conexiones rígidas y para aplicar eventualmente -- disposiciones más protectoras y convenientes" (112).

Al estudiar el criterio de sede se adelantó una crítica parcial a la toma en consideración de -- categorías y estamentos profesionales a efectos de concederles un tratamiento diferenciado. Se amplía ahora

(112) V. Comentarios al 10 (6), cit, p 532.

esa crítica al hilo de la postura de compromiso centrada en la aceptación de la autonomía de voluntad para los llamados "cuadros".

Hubo ocasión de decir hace escasos párrafos, que el Derecho asume la realidad social arbitrando diversas soluciones de acuerdo con las categorías profesionales. Lo que en ésta fase de la evolución social y jurídica parece acertado, habida cuenta sobre todo del ponderado análisis de intereses que presupone, no lo es, en modo alguno, si referido a la postura que aquí se trata. Esta encierra, a fin de cuentas, un simple tratamiento de favor a grupos determinados. A los cuadros se les permite la opción y al resto de asalariados no. El claro matiz clasista que puede adoptar esta tesis induce a rechazarla en términos enérgicos. Una cosa es que el Derecho refleje la realidad social, y otra, muy diferente, es que defienda y santifique las diferencias. No se puede sospechar, sin embargo, del probado talante humanista de los autores que defienden esta postura, que hayan albergado, un tanto superficialmente, eso sí, consideraciones otras que la oportunidad y conveniencia.

El carácter exclusivo que, a efectos de localización, otorga la última postura que aquí se trata a la ley del lugar de ejecución, en defecto de declaración expresa o implícita de voluntad, propicia una crítica en sentido análogo a la avanzada al mor de

la tesis que admite únicamente la autonomía de voluntad expresa. Como se ha visto, existen criterios que -- pueden llegar a tener un peso específico relevante -- (sede, ley nacional común, etc), que serían dejados de lado, sin mayor provecho, caso de seguirse esta orientación. Se puede ilustrar el punto con lo expresado, -- en el curso de los trabajos previos de Zagreb, por el profesor Graveson:

"Nevertheless, the law of work does not -- appear to have any greater peculiarities than other topics which are considered and comprised in private international law, and one wonders whether exist convincing reasons why this topic should not be brought within the existing framework and principles of the subject. Accordingly it is rather difficult to accept the submission of Szaszy ... There is no reason why this -- difficulty, however, should prevent the acceptance of a principle of the general law of work, provided that this general law of work, which he defines as the law of the country where the work should be carried out, -- may be treated as one aspect of the proper law of the contracts, which would often point to the place of the agreement" (113).

También cualifica la opinión del profesor inglés el hecho de que, como su colega Kahn-Freund, --

(113) V. Zagreb, p 424. Subrayado propio.

mantiene un tratamiento preferencial para la ley del lugar de ejecución, tratamiento que sin duda debe tener. Lo que el decano Graveson rechaza, sin embargo, - y siguiendo como se ha visto la tendencia de la jurisprudencia inglesa, es conceder tratamiento hegemónico a esa ley, que, en muchas ocasiones, deberá ceder ante otras más convenientes al caso concreto.

La posibilidad, en definitiva, de tomar - en cuenta las disposiciones imperativas de la ley del lugar de ejecución, dará cabal medida de la entidad de aquella, con preferencia a su aspecto de mera conexión más o menos importante. O, dicho de otro modo, el aspecto legal prima sobre la conexión tratándose de aquel lugar.

§

Procede ahora trazar la visión que aquí se propone del principio de autonomía de voluntad. Previo a ello, sin embargo, un resumen de las críticas -- que al mismo se han expuesto.

Las objeciones al principio de autonomía se han venido formulando desde distintas ópticas. Sintetizándolas, y dentro del espíritu clarificador de este trabajo, se toman en consideración las dos mas importantes, ejemplo claro de esa diversidad de planteamientos: Una se ubicará en las posturas que declaran -- la inidoneidad del principio en el área laboral; la -- otra llegará, en definitiva, al mismo resultado, pero a través, esta vez, de consideraciones independientes; para esta última no se trata ya de rechazar el principio, sino de postergarlo ante una realidad de mayor -- importancia. Se tratará de dar cuenta de ello en los -- párrafos que siguen.

El primer núcleo de críticas responde a -- una serie de consideraciones que se pueden hilvanar -- del siguiente modo: el principio de autonomía de voluntad debe ser rechazado ya que la diferencia de las partes asimila el contrato a los de adhesión y ello abre el camino, entre otras cosas, a la posibilidad del -- fraude a la ley: Habiéndose centrado ya en sus justos términos el problema de la calificación como de adhesión del contrato en las páginas previas de esta Segun

da Parte, queda ahora incidir sobre el eventual fraude a la ley. En su consideración tradicional, vendría propiciado por la posibilidad de eludir disposiciones imperativas de la ley normalmente competente, a través, en concreto, de la elección de cualquier otra. Dejando aparte la consideración del fraude como un método judicial suficientemente elaborado, no cabe duda que el -- juego de la autonomía, en su visión clásica asimismo, -- podría sugerir resultados dañosos en la medida que la elección de ley extranjera se hacía únicamente respecto a sus normas dispositivas; así, pues, y a través de la autonomía, se podría desvincular a una situación -- de la esfera imperativa de la ley normalmente competente y, por ende, de la reclamada. El problema, que podría sugerir, pues, lícitas inquietudes, ha perdido hoy, sin embargo, mucha vigencia. En efecto, al proclamarse hoy del reclamo a la ley extranjera, su carácter integral, desaparece una de las posibles bases para el --- fraude: la ley extranjera mantiene su propia imperatividad. Por otra parte, y es consideración general, la toma en conciencia de la problemática laboral conlleva hoy, a gran escala, un proceso de uniformización que -- por sí, y a través específicamente del juego matizado de las normas de aplicación necesaria, obvia largamente lo que, como se ha dicho, fuera otrora problema grave.

El segundo núcleo es, con mucho, el más --

importante. Dejando para páginas posteriores la toma - en consideración de la teoría que aboga por una dinámica propia del D.L.I., lo que llevaría a este campo a - un rechazo de la Teoría General del D.I.P. en el marco de las obligaciones, y, por supuesto, del principio de autonomía, se abunda ahora (como la anterior se trató en las páginas liminares) en la muy interesante opinión según la cual el D.L.I. (y por extensión el D.I.P.) de be mantener una estrecha vinculación con el D. material.

La intervención del Estado, como se sabe siempre ávido de ampliar su esfera de influencia, es - ciertamente muy grande en esta materia y, en especial, en lo conectado con la llamada política económica. De ahí que, en estas áreas, el aumento de disposiciones - imperativas redunde en un retraimiento de la influen-- cia de los particulares potenciada a través de su li-- bre arbitrio. Bien es cierto que, siempre en la órbita del D. interno, algunos autores conceden gran vigencia al principio de autonomía incluso en este área laboral (114). Todo ello responde principalmente, en suma, y - siguiendo en el área citada, a un afán de protección - acorde con la altura de los tiempos. El D.I.P. no pue- de permanecer insensible a esta realidad; la consecuen- cia obvia es que la autonomía de voluntad experimenta aquí, también, un claro retroceso.

(114) V. Bayón y Pérez Botija, Manual, cit, p 175.

Avanzando una línea de respuesta que se ampliará en páginas posteriores se podrá decir que es innegable que el D.I.P., pese a su carácter marcadamente formalista, de derecho sobre derecho, debe asumir el espíritu de protección que ostenta cada vez en mayor medida el D. Interno. Lo que en modo alguno debe hacer es dejación de sus métodos. Matizando en esa calificación, y no de otro modo, se logra diferenciar el principio de autonomía en D.I.P. y en derecho interno. Aquí suple al legislador; en el otro orden lo elige, simplemente (114a). El D.I.P., en definitiva, debe incorporar aquél espíritu de protección, potenciándolo a través de sus muchos instrumentos. No se trataría, pues, de adscripciones autoritarias a determinadas leyes, sino, manteniendo en lo posible la mayor amplitud de opciones, actuar, por ejemplo, y entre sus métodos peculiares, los correctivos funcionales. Análoga a esta visión sería la última obra de la Conferencia de la Haya en la que entre otros, se incorpora el afán protector a través de la flexibilización de las conexiones (mediante el cúmulo, por ejemplo, en la Convención sobre Responsabilidad del Fabricante)(115) o la toma en consideración de la actividad de las autoridades públicas (tutela, etc) (116)... Lo que parece sin duda -

(114a)V. P. Louis-Lucas, La liberté cit, p 747 y ss.

(115) Comentado por M.A.N. en D. Civil Internacional, cit, p 547 y ss.

(116) Ibid, p 156 y ss.

necesario es superar la estrecha visión conflictualista (entendiendo por ello el énfasis en el manejo de -- las conexiones) de las tesis impugnatorias al principio de autonomía.

La necesidad de mantener el rigor lógico de la Teoría General del D.I.P. obliga, en tanto que -- se mantiene la calificación contractual para la relación de empleo, a admitir el principio de autonomía. Y ello, además, tras haberse comprobado la insatisfacción tanto de las tesis impugnatorias, como de las -- dirigidas a una atenuación del principio, dando la gradación de ésta cabal medida de aquella.

APARTADO II. JUEGO DE LA AUTONOMIA DE VOLUNTAD EN LA
CONTRATACION LABORAL INTERNACIONAL.

Se pasa ahora a fijar el juego de la autonomía en los términos que se propugnan en este trabajo. Una observación previa, sin embargo: se omiten referencias a puntos controvertidos por la doctrina contemporánea sobre la propia teoría del Principio en D.I.P. - La materia laboral, en definitiva, encierra una dificultad intrínseca a la que no es preciso enriquecer -- con polémicas foráneas. Mas vale, por ello, actuar en el mayor margen de consenso posible.

El proceso de exposición será el siguiente: en primer lugar se estudia el alcance del reclamo a la ley extranjera, así como la posible vinculación -- de aquella con el negocio de que se trata; síguense -- algunas consideraciones sobre el llamado "contrato sin ley" y, finalmente, un breve análisis de los métodos -- que se avanzan para suplir, por decirlo de algún modo, la manifestación de voluntad.

La postura que se ha venido manteniendo a lo largo de todo este trabajo, es decir, la toma en -- consideración de las disposiciones imperativas extranjeras, impulsa de modo natural a pregonar el carácter global del reclamo articulado a través de la autonomía de voluntad. El tratamiento anterior del tema exime --

ahora de mayores precisiones sobre este aspecto del reclamo, que alberga, sin embargo, otra cuestión de gran interés: su posibilidad con respecto a varias leyes. - El carácter abiertamente polémico del asunto, así como su inconclusión en la hora actual, daría tal vez por buena la postura adoptada en un ámbito tan importante como la discusión del Proyecto de Convención C.E.E. sobre Obligaciones.. Como se sabe, se dejó simplemente apuntado el tema, sin mediar toma de postura (117). No se hará aquí igual, sin embargo, y ello por las razones que sigue. En primer lugar, y es reflexión que matiza decisivamente el problema, éste aparece en el ámbito de la contratación laboral internacional como una cuestión largamente doctrinaria. No cabe duda que se puede considerar su oportunidad en algunos contratos mercantiles; piénsese, por ejemplo, en los problemas que conlleva un gran contrato de suministros. El que las partes de un simple contrato de trabajo fijen distintos regímenes legales aplicables es cuestión que -- fácilmente se muestra como más ficticia que real. Salvas éstas consideraciones, resulta aparente que un tal procedimiento complicaría extraordinariamente la labor del juez, al obligarle a considerar un posible gran número de disposiciones imperativas, con lo que aquí se

(117) V. Rapport de M. Giuliano en EPIL of Obligations cit p. 265.

pueden repetir las objeciones que al respecto se hicieron en su momento (118). Todo ello propicia, en principio, un rechazo en este área laboral de la posibilidad mencionada. El reclamo, en resumen, debe ser íntegro y único (119).

Toca ahora tomar en consideración, y también en el núcleo del reclamo a la ley extranjera, el segundo tema propuesto, es decir, la relación de aquella con el negocio. Sabido es que consideraciones de tipo societario y, específicamente, el deseo de impedir posibles fraudes a la ley, impulsan a una parte de la doctrina, con alguna plasmación normativa como el artículo 10.5 del C.C. español, a requerir esa relación (120). Al respecto cabría esperar, sin embargo, que se relajasen las posturas normativistas en favor de un tratamiento del problema a través del método más adecuado, es decir, la actuación de los correctivos funcionales que, huelga decirlo, actúan a posteriori en el orden que aquí se trata. Desde su enfoque de práctico del Derecho, el abogado italiano Giuseppe Biscon

(118) V. Parte I, Cap. I, ap. III.

(119) Cfr. A. Toubiana, op cit, pág. 6. V. también, contra, la opinión de Jenkins, L.J. en "Re United - Railways of Havana and Regla Warehouses Ltd. -- (1959) 1 All. E.R. 214, 234, refiriéndose a Lord Mc Dermott en Kahler V Midland Bank Ltd. (1949) 2 All E.R. 621, 633, cit por Kovata, Employment Contracts and the Conflict of Laws, en J.B.L., - 1973, 21 y s.

(120) V. Observación de M. de Angulo en Comentarios al

ti apunta en este sentido con un ejemplo que se puede resumir como sigue: una compañía multinacional, debido al deseo de evitar rígidas disposiciones fiscales y de dar un estatuto uniforme a su personal de dirección e inspección, forma una compañía ad hoc en el país A, en cargada de contratar al citado personal. Uno de los -- miembros de éste, "John Smith", se emplea con un con-- trato sometido a la compañía especial del país A. Pasa diez años trabajando en diversos países, seis meses en el último, y, por cualquier causa, acaba su relación -- laboral. Tras fijar esta situación, el italiano afirma que, aunque desde luego el trabajo no se haya desarro-- llado ni un solo día en A, es preferible que haya una sola ley que rija su relación de empleo a lo largo de los diversos desplazamientos; por otra parte, se ob--- vian de esta manera los difíciles problemas de antigüe-- dad, cálculo de preavisos, etc (121). De este ejemplo, en definitiva, hay que retener la posibilidad de some-- ter los contratos a una ley determinada, que aparente-- mente no tiene relación alguna con el negocio, sin que medien consideraciones fraudulentas hacia el asalaria-- do; antes bien se le proporciona una deseable uniformi-- dad de trato.

T. Preliminar cit, p 525 y ss.

(121) V. Groupes, p 230 y s, también, V. Hecke, Zagreb, 430 y s; Com. de K. Freund, Groupes, p 201.

La Jurisprudencia Inglesa mantiene en general esta posibilidad, como se declara expresamente en el célebre caso Vita Food (122).

El tema del contrato sin ley, cuya extraordinaria importancia se hace aparente a través de los intereses que lo enmarcan, ha recibido un especial impulso en el área laboral a partir de la Sentencia Sayers, objeto de varios comentarios en otras tantas partes del presente estudio. Criticada por la doctrina, y expresamente por la Inner Court escocesa (123), proporcionó ocasión al maestro Wengler, que le había dedicado en la Revue un artículo monográfico (124), para traer el tema a colación en el ámbito de la discusión de Zagreb. Suscitóse allí una cierta polémica, dirimida finalmente al aceptarse la referencia expresa a la ley estatal a través de la fórmula "ley extranjera aplicable" (art. 5) (125). Tal solución parece la correcta, y más habida cuenta del peligro, evidenciado en Sayers, de colocar al asalariado en situaciones de indefensión si dejado a su merced en ese nebuloso mundo propiciado por algunos partidarios de la "lex Mercatoria" (126).

(122) (1939) A.C. 277; (1939) IALL.E.R. 513; cit en -- Cheshire, op cit, p 207.

(123) Vid. Cap. III, Secc. I, ap II.

(124) V. Immunité legislative cit, 657 y ss.

(125) V. Zagreb, 326 y ss.

(126) V., en general, Deby Gerard, op cit, p 180 y ss; Angulo, Comentario al 10 (5), p 526; también, B.

Una vez fijada la postura que aquí se man tiene con respecto al principio de autonomía procede, como se propuso, considerar, siquiera brevemente, el modo de suplirla. Si hubiese necesidad de resumir la cuestión en pocas palabras, tal vez fuera adecuado decir simplemente que cualquiera de los métodos propuestos por la doctrina contemporánea puede resultar válido (127). Y ello porque, en definitiva y salvando diferencias terminológicas, parece existir un creciente grado de acercamiento en las soluciones inferidas a través de las diferentes tesis propuestas. De tener que decantarse por alguna, sin embargo, se haría por la Proper Law inglesa, en los términos expuestos páginas atrás.

Si por la realidad que trata, el D.I.P. - requiere una flexibilidad de respuestas que conlleva un cierto grado de indeterminación, la Proper Law puede servir muy adecuadamente a sus fines. La compleja entidad de la vida laboral internacional orienta, por otra parte, en ese sentido.

Mercadal: Ordre Public et Contrat International, Droit-Pratique du Commerce International, 1977, nº 4, p 457-468, y la recensión de P. Lagarde en R.C. 1978, p 247 y ss.

(127) Cfr. M.A.N., en D. Civil cit, pg 574 y ss.

§

Se retoma ahora, de modo previo a la exposición sintetizada del enfoque que aquí se defiende para la Teoría General del D.I.P., lo que se erige, a la sazón, como el último escollo en la vía de aquella: la posición general, mantenida principalmente por Szaszy, según la cual es preciso desvincular el D.L.I. de la teoría del D.I.P. en materia de obligaciones, principalmente. En tal sentido, se expresaba el profesor -- húngaro en la consulta que, en su condición de Rapporteur, dirige al resto de los miembros de la Comisión:

"Estimez-vous que le droit international du travail fait partie du droit international privé ou est-il independant de celui-ci; en d'autres termes, -- les conflicts de lois dans le domaine du travail sont-ils a decider suivant les principes generaux du droit international privé ou suivant des principes particuliers dont la nature juridique et le contenu different de la nature juridique et du contenu des régles de -- conflicts du droit international privé?" (128).

La Comisión se inclinó mayoritariamente -- por mantener ese nexo (129).

Cabe recordar que la opinión de Szaszy se basa, sobre todo, en el carácter especial del contrato

(128) V. Zagreb, p 265.

(129) V., por todos, Valladao, p 446 y ss.

de trabajo (130). En estos términos generales se puede responder que la mera especificidad de un contrato no basta para separarlo de la órbita del D.I.P. Piénsese, por ejemplo, en otro con una incidencia social parecida, el contrato de seguro, que mayoritariamente se vincula por la doctrina a aquel Derecho (131). Si el mismo autor, por otra parte, admite un tratamiento de los problemas de conflicto de leyes a partir de métodos y categorías del D.I.P., aun en el área laboral: "Le Droit du travail possède en effect une certaine autonomie, mais le fait seul qu'il s'agit solution de conflits explique la ressemblance des problèmes et l'analogie de leur solution" (132), y afirma que: "Tout depend de la question de savoir si on prend le mot "droit international privé" dans son sens large en englobant toutes les règles juridiques president a la solution de tous les conflits de lois, ou, dans son sens strict n'englobant que les règles competentes pour décider des conflits de lois se presentant dans le domaine du droit civil" (133), es obvio que la respuesta en el primer sentido, mantenida cada vez con mayor vigor por la doctrina contemporánea, vacía de contenido casi toda la discusión (134).

(130) V., espec., ILL, p 96 y ss.

(131) V. D. Civil Internacional cit, p 642 y ss.

(132) V. Zagreb, p 267.

(133) Ib, 266.

(134) V. Mariano Aguilar Navarro, D.I.P., Naturaleza - Jurídica del D.I.P., Madrid, Secc. de Public. de la Facultad de Derecho, 1976, p 174 y ss.

APARTADO III. LA PROTECCION DEL TRABAJADOR EN UNA VISION
AMPLIA DEL D. INTERNACIONAL PRIVADO.

Páginas atrás se expuso la necesidad de -
que el D.I.P. asumiera, a través de sus propios méto--
dos, el carácter protector que se desprende de la le--
gislación laboral interna. Llegó ahora el momento de -
avanzar la visión que al respecto se propugna aquí; an--
tes, sin embargo, una consideración previa.

Planea sobre las reflexiones que siguen -
el hecho de estar encaminadas especialmente a la acti-
vidad del juez. No es de extrañar, por ende, que co---
mienzen gravitando en torno a dos ejes claves: Princi--
pios Generales y Correctivos Funcionales. Se produce -
aquí, pues, el lógico reencuentro con las que en su --
tiempo se propusieron como partes cualificadas de la -
Teoría General del D.L.I. (135).

En repetidas ocasiones se ha tratado en -
este trabajo de la actuación de los correctivos funcio--
nales (136). Dentro de ésta, y especialmente, del uso
cualificado del O.P., se podía trazar un puente con --
los Principios Generales en la medida que, principal--
mente, se provee a una salvaguardia de los mínimos --

(135) V. Primera Parte, Cap. I, Secc. I y II.

(136) Ib.

debidos al asalariado. Dado, sin embargo, que todo ello ha recibido tratamiento, toca ahora ampliar el panorama con nuevas líneas de investigación.

Se detecta por una parte de la doctrina - contemporánea la necesidad de aunar los criterios de - competencia jurisdiccional y legislativa, en orden a - la adecuada solución de los problemas de la vida privada internacional. En tal sentido se ha pronunciado en su reciente Curso en la Academia de la Haya el titular de Oviedo, Dr. González-Campos. Ya en el área laboral, y al hilo de su citado comentario al art. 10,6 el profesor Ortiz-Arce, defiende también ese acuerdo entre - los criterios, propiciando además la mayor amplitud posible de estos (137). Este último punto sirve para conectar, en este momento, con la línea de partida de estos razonamientos, protección mínima, a partir de lo expuesto en los trabajos previos de Zagreb por el brasileiro Valladao. Este, y tras de expresar su acuerdo con el trato preferente de la *lex loci laboris*, dice:

"Je pense qu'il s'agit d'un principe très juste et dans mon avant-projet de loi generale d'application des normes juridiques je l'ai consacré dans une

(137) V. Comentario al 10 (5) cit, p 532 y ss; también, p. Mayer: La distinction entre regles et decisions et le Droit International Prive, Paris, Dalloz, 1973; Graulich Regles de conflit cit, p 634 nota 2.

forme ampliative, article 62, appliquant les lois bresiliennes concernant les droits, les avantages et les garanties minima des employes "aux rapports de travail - commencés, exercés, ou conclus au Brasil" " (138).

Se intuye en este párrafo, sobre todo si conectado con otra opinión en la que, refiriéndose a la S. Social dice que, si la ley de ejecución es inhábil: "Il faut appliquer les conditions minima standards de la lex fori" (139), una interesantísima orientación que se podría expresar del siguiente modo: a partir de la declaración de competencia del foro se mantienen -- siempre sus mínimos inderogables cualesquiera que sea la ley aplicable al fondo. Esta proposición fue acogida favorablemente por el Profesor Szaszy (140). El acuerdo de esta teoría parece notorio, cuando menos en esta materia laboral. Guardando analogía con el Orden Público, tiene sobre él dos importantes ventajas: el carácter automático de la protección y su independencia del posible daño que motiva la actuación de aquél. Sobre la visión clásica de la norma de aplicación necesaria, además, la ventaja de posibilitar el juego conflictual, y, en su caso, el empleo de normas más convenientes, amén de proporcionar una cobertura al margen

(138) Zagreb, p 450.

(139) Ib, p 454.

(140) Ib, p 308 in fine.

de criterios de vigencia.

Así las cosas, se pueden propiciar en este área unos criterios de competencia similares, por ejemplo, al artículo 23, Z.P.O., alemán, comentado entre otros, por M. Weser en su magna obra sobre la competencia en los países de la C.E.E. (141), o a la famosa "regla del paraguas" sueca, análoga a la anterior (142). Sabido es el carácter polémico de una tal proposición; es bien cierto también, sin embargo, que la --proximidad del tercer milenio obliga a forzar al máximo las posibilidades sociales del Derecho (tesis en la que se mueve la teoría del "uso alternativo") (143) y, por supuesto, de esa rama calificada de Internacional Privado.

La protección mínima es fácilmente conseguible también, en otro orden, a través de la acción de las normas imperativas. Como colofón de lo ya dicho sobre ellas, se puede añadir aquí que, a partir de la ingente obra de la O.I.T., respecto a la cual elabora el profesor Francescakis una muy interesante teoría en orden a la resolución de los conflictos en el área la-

(141) V. M. Weser, op cit, p 110 y s.

(142) V. H. Smith, Common and Civil Law Rules of in -- Personam adjudicatory authority: An analysis of Underlying Policies, ICLQ, 72, 335 y s.

(143) Vid. Barcellona, ed altri, La formación del jurista, ed Civitas, 1977; Barcellona y Coturri, El -- Estado y los juristas, Fontanella, 1976.

boral internacional (144), se está propiciando un alto grado de uniformidad creador de un standard mínimo (el profesor francés defiende incluso que se declare el carácter de Orden Público Internacional de las normas que lo componen (145), a partir del cual se hará cada vez mas practicable la armonización de aquellos.

Es perfectamente lícito pensar, y situándose ya en el campo de las observaciones finales, que la construcción que se ha defendido aquí para la contratación laboral internacional, resumida brevemente en un mantenimiento cualificado de la Teoría General del D.I.P. (146), encierra un riesgo de indeterminación que tal vez se obviase a partir de una concepción mas rígida y autoritaria. Se podrían repetir ahora, pues, las dudas expresadas por el decano Graveson al respecto (147). Un par de reflexiones, se imponen, sin embargo, Una de carácter general y la otra centrada ya específicamente en la contratación laboral. La primera se puede plantear en los términos siguientes: el cada vez mas complejo mundo de las relaciones internacionales no exigiría del D.I.P. una grado de flexibilidad en sus respuestas que remediaría la propia relativización

(144) V. Zagreb, p 417 y ss.

(145) Ib, p 419.

(146) V. en el mismo sentido, A. Toubiana, op cit p. 279.

(147) V. loc cit en nota 34.

670
660

de las leyes que rigen a escala universal? (148). La - predictibilidad, por otra parte, ¿a favor de quien actuaría aquí?... Un sistema rígido puede jugar perfectamente en las manos de las asesorías de las empresas, - quienes, además, son los que realmente tienen los medios para el conocimiento adecuado de las legislaciones. Piénsese, por ejemplo, en el interés que, según - el delegado suizo Panchaud, mostraban las compañías de seguros de ese país por una conexión lo menos sujeta - posible al arbitrio judicial, a la hora de fijar, en - el marco de la Conferencia de la Haya, la ley aplicable a los accidentes de carretera, de la que la correspondiente Convención toma título (149). Quien haya sufrido alguna vez uno de esos accidentes, por leve que sea, comprenderá fácilmente al afán de las compañías - de seguros en mantenerse al margen de los tribunales.

La natural inclinación del Juez a proteger a la parte mas débil, acentuada sin duda en materia laboral por las jurisdicciones ad hoc, o en otras palabras, su concienciación, presumible a esta altura de los tiempos, y el disponer del número apropiado de resortes, propiciados por el D.I.P., resultará sin du-

(148) V. Prosperetti, La natura delle norme ... cit, en R.D.I.P.P. 1972, 726, notas 10-11.

(149) V. Actes et Documents de la XI^{eme} Session, 1970, T. III, pg. 206, cit por Castel y Crepeau, Choice of laws in torts, views from Canada, AJCL, 1971, p. 25, nota 18.

da en una mayor protección y beneficio del asalariado. Y es que, en general, y siguiendo al decano Aguilar Navarro: "el arbitrio judicial no constituye un estigma en el D.I.P., sino una manifestación muy elocuente de esta disciplina jurídica ... " (150).

El avance de la concepción amplia del D.I.P., y la valiosa aportación de la O.I.T., proveen finalmente, a una visión esperanzadora del futuro desarrollo del D.L.I.

(150) Reglamentación cit, p 137. Subrayado propio. Cfr., también: Schapira, The interest approach to choice of law, Nijhoff, 1970, p 97 y ss.

RESUMEN DEL CAPITULO

El mantenimiento de la Teoría General de las Obligaciones, al que se llega en este Capítulo como en el anterior, tras dirimir, esta vez, la compleja polémica entre la Autonomía de Voluntad y la ley territorial, comporta, de por sí, y dada la influencia del Favor Laboris, una cualificada actuación, a cargo del Juez, basada principalmente tanto a nivel de su competencia, como en las N.A.N. y los Correctivos funcionales. Unido todo ello a la tarea uniformadora de la O. I.T., ésta materia laboral se presenta del mayor interés desde la óptica del Derecho Internacional Privado.

C A P I T U L O I I I

D I N A M I C A D E L A T E S I S P R O P U E S T A

274

En este capítulo, con el que se cierra el presente estudio, se actúa a nivel práctico en áreas - claves como transportes y grupos de empresa, la visión general aquí propuesta del D.L.I. y, más específicamente, del propio Contrato de Trabajo. Culmina así un ciclo que, habiéndose iniciado a nivel de principios, tenía que confrontarse, necesariamente, con la propia -- realidad de la vida laboral internacional.

SECCION I. AMBITO DE LA LEY APLICABLE AL FONDO.

§

La doctrina tradicional del D.L.I. se enzarzaba, al llegar a este punto, ámbito de la ley -- aplicable al fondo, en una controversia con visos de -- irreconciliabilidad. Y ello porque, aún manteniendo la Teoría General del D.I.P., como era opinión mayoritaria (1), se suscitaban difíciles problemas a partir de la adscripción en el área del D. Público o del D. Privado, de sectores cualificados del Derecho Laboral, Habiendo cuenta de que para la teoría clásica era inaceptable la toma en consideración de normas públicas extranjeras, es fácil comprender que, al mor de temas como -- el despido, calificado vgr. como de derecho privado en Alemania, y de público en Francia, se llegará a situaciones de verdadero "impasse" (2). Como se pudo ver, -- la tesis territorialista encontraba con ello un argumento más a su favor, en la medida que su aceptación -- eximía, al centrarse los efectos en la ley de ejecución, de indagar sobre el carácter público o privado -- de la relación en causa (3).

(1) V. Zagreb p 272.

(2) V. Gamillscheg, Principes, 492; Szaszy, ILL, p 89.

(3) V. Esta Parte, Cap. II, Secc I, ap. II.

Al respecto cabe decir que la visión amplia del D.I.P. que se mantiene en este trabajo, uno de cuyos matices más notorios es el carácter integral del reclamo, conduce igualmente a la superación de los problemas que conlleva la solución clásica. La ventaja sobre la postura territorialista se hace palpable, sin embargo, si se considera que, al contrario que aquella, no necesita echar mano de consideraciones de Orden Público, leyes de policía, etc. (4), favoreciendo así la superación de posturas estatistas que parece adecuarse más a la naturaleza del D.I.P. (5).

APARTADO I. EN GENERAL.

En tanto que pueden sugerir nuevas reflexiones sobre la Teoría General del D.L.I. y a pesar de su pérdida de relevancia si considerados como problemas específicos, se tratan a continuación algunas zonas claves de las englobadas en el ámbito de la ley del contrato. La primera responde a su validez intrínseca.

-
- (4) V.S. Primera Parte, Cap. I, Secc. III, ap. 1. También Gamillscheg, Lab. Contracts, p 19.
 (5) V. M.A.N. Derecho Internacional Privado, V.I.T.I. Int y Fuentes, Madrid, Secc de Publicaciones de la Facultad de Derecho, 1976, p 387 y ss.

La doctrina y práctica judicial contemporáneas, salvando las clásicas objeciones que a ello se oponían (círculo vicioso, etc), incluyen la validez intrínseca del contrato en el ámbito de la ley que rige el fondo (6). Así, con motivo de la sentencia *Kahler V Midland Bank Ltd* (7), y recogiendo la práctica jurisprudencial inglesa, Lord Radcliffe se expresó en los siguientes términos: "If the proper law of the contract is the law of Czechoslovakia, that law not merely sustains but, because it sustains, may also modify or dissolve the contractual bond" (8).

Esta tendencia de la Teoría General habrá de plasmarse, una vez más, en el D.L.I. Así, y con motivo de la pregunta que el Rapporteur Szaszy les dirige al respecto, todos los miembros de la Comisión se muestran conformes a incluir la validez en el fondo -- (9). Como cabía esperar, no hubo problemas a la hora de recoger esta postura en el articulado de la Resolución (art. 3).

El adscribir la validez al fondo no exime, sin embargo, de algunas dificultades. Es éste, co-

(6) V., en general, A. Toubiana, op. cit, p 17 y ss; - también Batiffol, voz "Contrats" en Rep. Dalloz, cit, I, p 570, del mismo autor Projet de Reglement C.E.E. sur la loi applicable aux obligations ... en R.T.D.E. 1975, p 182.

(7) (1950) A.C. 24.

(8) V. Graveson, PIL, cit, p 404. V. también: Curti -- Gialdino, La volonté des parties en D.I.P., en Rev.

mo fácilmente se comprende, uno de los marcos de posible actuación de las normas imperativas de la ley territorial. La coordinación de ésta y la del fondo, según la teoría que se viene proponiendo aquí, proporcionará, como en casos análogos, adecuada respuesta. Para Gamillscheg, sin embargo, es necesario excluir expresamente, en este tema de la validez, la toma en consideración de leyes otras que las de fondo o del foro (10). Bien es cierto, por otra parte, que hay que encuadrar esta opinión del profesor alemán en el contexto general de su teoría, basada, como se sabe, en el juego de las normas de D. Privado y, también, una cierta aplicación, mencionada aquí, del D. Público (11).

La validez intrínseca del contrato de trabajo internacional sugiere, además de las ya expresadas, unas reflexiones de entre las cuales se extraen referencias a núcleos posteriores de exposición. Tales son las sugeridas por el favor negotii. En este marco, y en una primera acepción, aquel significa ignorar una elección de ley que anularía el contrato en favor de la que lo convalidaría en ausencia de elección expresa. En estos términos resulta clara la necesidad de

des Cours, 1972, III, 137, p 778 y s.

(9) V. Zagreb, p 296.

(10) V. Principes, p 480.

(11) V. S. Primera Parte, Cap I, Secc III, ap II.

mantenerlo en materia laboral. De ahí se pueden inducir las diferencias que existen entre este contrato de trabajo y el resto de los llamados "contratos de parte -- mas débil". En efecto: para estos se sugiere una atenuación del "favor" en tanto que la nulidad puede servir a los intereses de esa parte débil (12). Lo que -- puede ser cierto, sin duda, en un contrato de suministro, por ejemplo, es mucho menos imaginable en un contrato como el de trabajo en el que, es sabido, lo importante es mantener la relación de empleo. Esto no -- obstante, el principio debe ceñirse a este campo estricto, resultando como hubo ocasión de expresar (13), -- y se verá páginas adelante, inidóneo a nivel de cláusulas, especialmente si estas encierran eventuales desventajas para el asalariado: tiempo limitado, no concurrencia, etc.

El especial juego de la nulidad en D. del Trabajo sitúa ahora la exposición en otra área de interés, como la de las demandas por contrato nulo. Siguiese sin mas su estudio, no sin antes reseñar, sin embargo, que es éste uno de los ámbitos en que se patentiza mas claramente la peculiaridad de aquel Derecho.

(12) V. Vischer, "Antagonism", p 48. Cfr. también: Ehrenzweig, P.I.L., sec. ed., Sijthoff, 1972, p 148 y sentencia Politis V the S/A Oakhurst, cit. en -- nota 53.

(13) V. Supra esta parte, Cap I, Secc III.

Habiéndose desbordado la teoría según la cual las demandas posibles se basarán en la noción civil del "enriquecimiento sin causa", es el propio hecho de la prestación del trabajo el que justifica un régimen especial relativo a los efectos de la nulidad, que Szaszy, siguiendo a Rivero y Savatier, articula -- del modo siguiente:

El empresario no puede ignorar sus obligaciones legales en materia de organización de trabajo -- (horarios, jornadas de reposo, higiene y seguridad), -- prevaleciéndose de la noción de nulidad.

En materia de remuneración del trabajo, -- los salarios ya percibidos, no serán restituidos por -- el asalariado. Los que no han sido pagados podrán ser reclamados por el trabajador, salvo en el caso en que la prestación de trabajo (habiendo sido) inmoral o ilícita, la acción en pago de salarios sería declarada -- irrecible por aplicación de la máxima "nemo audietur propiam turpitudinem alegans" (14).

En materia de Seguridad Social, concluye Szaszy, la nulidad del contrato de trabajo no priva al asalariado de sus derechos a las prestaciones de seguros sociales, accidentes de trabajo o pensiones familiares (15).

(14) Cfr. sobre este punto, Lanfranchi, op cit, p 41 y espec. nota 51.

(15) V. Zagreb, p 377.

A partir del régimen anterior se ha abierto una interesante querrela de escuela entre los especialistas del Derecho del Trabajo en la medida que, -- mas que del contrato, el hecho de la compensación económica parece depender de la propia prestación efectiva del trabajo. Las consecuencias con respecto a la naturaleza jurídica del contrato son obvias (16). En tanto que se mantiene, sin embargo, la calificación contractual a todos los efectos, y que es minoritaria la opinión que adscribe las demandas por contrato nulo a las obligaciones nacidas ex lege (Balladore, Venturini, Richard, Monaco) (17), la cuestión, aunque sugerente, -- no tiene gran trascendencia práctica en D.L.I. La problemática del contrato nulo, sin embargo, originó en Zagreb un interesante debate, que se intentará resumir a continuación. La cuestión, suscitada por Goldman, se centraba principalmente en la necesidad de mantener en el artículo 3 la referencia a "las relaciones de trabajo en general". Recuérdese el texto que se proponía: -- "sous reserve des articles 4 et 5, la validité intrinseque, les effects, la rupture (et les relations de travail en general) seront regies par la loi du pays -- ou le travail doit etre exécuté". La alternativa lógica era referirse sin más al contrato de trabajo. Tras --

(16) V. Democracia y Marxismo cit, p 99 y s.

(17) V. Szaszy, III, cit p 304, Gamillscheg, Lab. Contracts, p 17.

escuchar a Szaszy, V. Hecke, Francescakis, Batiffol, - Rolin y Lalive, el Instituto optó por el mantenimiento de la referencia, siguiendo tal vez el hilo de la opinión del profesor de París, según la cual aquel tendrá el efecto psicológico de mostrar que se tomaban en consideración las relaciones establecidas sin contrato, - haciendo de ello postura oficial (18).

Anteriormente se dejó apuntado el tema de la validez de las cláusulas de no concurrencia. Síguen se ahora unas consideraciones sobre su alcance en D.L. I.

Las indagaciones sobre la ley aplicable a esas cláusulas se han centrado, sobre todo, en la siguiente oposición: por una parte las tesis que mantienen su vinculación con la ley del fondo, por otra, tanto la ley personal del asalariado como la del lugar -- donde se produce la supuesta violación de esas cláusulas. Al respecto unas palabras. Se acude aquí a propugnar la competencia de la ley personal según la clásica opinión basada en que protege mejor al asalariado. En otras ocasiones se ha tratado la debilidad de esta postura, teniendo en cuenta que tanto la ley personal puede favorecer como perjudicar en el caso concreto, admitiéndose, por ejemplo, aquí, plazos mas gravosos, etc. Todo ello, además, sin entrar en discusiones sobre el

(18) V. Zagreb II, p 315 y s.

carácter protector o encaminado a otros fines mas relevantes, del propio estatuto personal.

Con respecto a la segunda alternativa, lugar de violación de la clausula, el profesor ginebrino Blaise Knapp, se manifestaba al hilo de su citado Rapport en el coloquio sobre el D.I.P. de los grupos de empresas, diciendo que cabría preguntarse si la ley de aquel no debiera tomarse en cuenta. Para este autor,-- en efecto, es en aquel lugar en el que efectivamente se cometió la concurrencia. No le parece, sin embargo, que se trate de un criterio esencial. Lo importante, en definitiva, será para el profesor suizo que la pretendida concurrencia esté regulada por la ley aplicable a la relación de trabajo y no si un tercer derecho considera que haya concurrencia (19). En otra área análoga a la que aquí se trata, violación del deber de ejercitar el trabajo, se ha adelantado también el criterio de la ley del lugar de producción del daño, diciéndose por Gamillscheg al respecto: "The employer cannot raise more far-reaching claims which would accrue to him according to the law where the damage was caused" (20). Ello le sitúa, en definitiva, en la misma línea de su colega suizo citado anteriormente.

Habida cuenta la escasa entidad de las --

(19) V. D.I.P. des Groupes, p 172.

(20) V. Lab. Contracts, cit p 17, espec. nota 145.

alternativas propuestas parece correcto, una vez mas, - supeditar el asunto a la ley que rige el fondo del --- contrato, como solución más adecuada (21). Esto dicho, queda, sin embargo, otra cuestión que, ligada con la problemática de las cláusulas de no concurrencia, adquiere aquí matices de interés: la incidencia del Orden -- Público.

No cabe duda que el Orden Público puede - tener aquí una actuación determinante. Correctamente - considerado, es decir, como correctivo funcional, ha - sido defendido en este marco por la doctrina. El profesor Gamillscheg, sin embargo, llama la atención sobre el peligro de, a partir precisamente del Orden Públi-- co, intentar ampliar anormalmente la competencia legislativa del foro: "there is no reason always to rely - on the lex fori in the guise of Public Policy, if more burdensome restrictions are permitted by the lex Fori" (22). El profesor alemán amplía esta idea de manera -- particularmente sugestiva. A su parecer, y tras haber fijado el juego normal del Orden Público, no se trata siempre de considerar la ley fori como un maximum --- (sic). No se debe, en efecto, relegar completamente al segundo plano los intereses del empresario: éste puede haber dejado al asalariado -por ejemplo, un empleado -

(21) V. además de los ya citados, Beitzke, Actes II, p 407.

(22) V. loc cit en nota 20 y, allí, nota 148.

superior,- acceder a secretos de empresa, creyendo en la validez de una convención de no concurrencia de --- cinco años admitida por la ley aplicable al fondo (como la francesa). En su opinión, el empresario no ha--- bría revelado nunca estos secretos si hubiera debido - contar con una regla, como la alemana, que limita la - obligación de no concurrencia a una duración máxima de solamente dos años. Para saber, finalmente, si la li--- bertad del trabajador corre el riesgo de verse restrin--- gida injustamente, no se deberán limitar las respues--- tas a comparar la duración convenida y la máxima pre--- vista por la lex fori. Es preciso, además, sopesar las ventajas que el trabajador ha extraído de su contrato con vistas, eventualmente, a la limitación de activi--- dad que se le impone después de la expiración del mismo (23).

No cabe duda, y por concluir ya este te--- ma, que el favor negotii, en el sentido que se avanzó páginas atrás, ha de ser atenuado si se trata de clau--- sulas como las que se acaban de estudiar, que en prin--- cipio suponen no ya una lesión, sino una cierta merma en la protección general del asalariado.

Retomando ahora, por último, la otra ver--- sión del favor negotii centrada específicamente en el campo de las formas, es decir, no ya ignorar una elec--- ción de ley, sino arbitrar varias conexiones para la -

(23) V. Principes p 484.

norma de colisión, se culmina aquí lo que, a efectos - de conclusión del contrato, apareció como crítica al - principio a partir de los actos unilaterales y, más -- concretamente, del despido (24).

En torno del despido y, más estrictamente, de sus formas peculiares, se argumentó en contra del - favor negotii por una parte de la doctrina (especial-- mente Szaszy y Gamillscheg) a tenor de que, de seguir - en este punto la teoría general, se propician abusos - tales como que el empresario eluda las exigencias de - forma requeridas normalmente con solo desplazarse al - extranjero, pudiendo entonces despedir por teléfono, - etc. Salvando otras consideraciones, interesa destacar aquí que la interpenetración fondo-forma es, en mate-- ria de despido, algo reconocido hoy universalmente -- (25). Piénsese, por ejemplo, en los plazos de preaviso. Por otra parte, el ejemplo propuesto adolece de defec-- tos graves: no es posible internacionalizar una rela-- ción por el mero arbitrio de las partes, a fortiori u-- na sola, es dudoso, también, que ningún Tribunal diera consideración a lo que largamente se columbra como ar-- quetipo de fraude de ley.

La Jurisprudencia, por otra parte, se ha

(24) V. loc cit en nota 13.

(25) V. Rapport de Camerlynck en Le Contrat de travail dans le droit ... cit. pag 85 y ss. También M. - Alonso Olea op cit pg 210.

decantado por la postura de principio que aquí se defiende, adscripción del despido a la ley del fondo, a partir de un importante número de sentencias de cuyas mas recientes se pueden destacar:

En Alemania: B A G, 10 de mayo de 1962, 20 julio de -- 1967;

Austria: Tribunal Supremo, 11 de junio de 1968;

Francia: Cour de Cassation, 5 de marzo de 1969; 8 - de octubre de 1969; 15 de marzo de 1971;

Italia: Tribunal de 1ª Instancia de Milán, 26 de - septiembre de 1968;

Bélgica: Tribunal de Commerce, 3 de marzo de 1970;- Cour de Cass. 3 de febrero de 1971;

Dinamarca: Tribunal Marítimo y Comercial, 14 de mar - zo de 1971;

Canadá: Cour d'Appel du Manitoba (1969) (26).

(26) V. respect.: Alemanas en Gamillscheg, Lab. Con-- tracts, p 19, nota 162; Francesas en J. Clunet, - 1969, 670; 1970, 332; 1972, 312; todas ellas con nota de Ribettes-Tillher; italianas en RDI, 1970, 334, nota Calleri; también, K.C. 1970, 671, nota Pocar; belgas en J. Clunet, 1975, p 357, nota Abra hams y Breslaw; danesas en J. Clunet, 1972, p 897, nota Philip y Kallehange; canadienses en J. Clunet 1972, p 405, nota Castel.

§

El tema de los accidentes de trabajo, que ahora se propone, recibió tratamiento previo como uno de los caracterizados núcleos del juego de la calificación en DLI (27). Se trata ahora de trasladar al ámbito de la ley aplicable lo que se sugería mas bien a nivel de principios. Aunque la respuesta que se dió en ese momento gravita necesariamente sobre la que ha de obtenerse aquí, ley aplicable a los accidentes, parece conveniente, lejos de solventar el tema de manera automática, situarlo a partir del marco establecido por un estudio comparado. Este método, especialmente valioso a nivel general, alcanza su plena significación en materias tan controvertidas como la que aquí se trata. - Se procede, pues, a fijar el panorama de la doctrina - y jurisprudencia contemporánea en base a su desarrollo en tres países ampliamente atraídos por el problema: E.E.U.U., Gran Bretaña y Francia.

APARTADO II. ACCIDENTES DE TRABAJO.

La doctrina y práctica judicial americana han llegado a un alto grado de perfección en el tratamiento de los accidentes de transporte (28). Sin embar

(27) V. Supra. Primera parte, Cap I, Secc II.

(28) V. Kahn-Freund. Delictual liability ... cit p 134.

go, y en esa misma esfera, los de trabajo han carecido de la unidad de solución que, tal vez, cupiera esperar.- Se trata de ilustrar lo anterior con tres casos enmarcados en otros tantos medios de transporte.

La Sentencia Alabama Great Southern R.R. V. Carroll (29), a la que se reconoce lugar preferente en la enseñanza del Derecho americano, se cualifica especialmente para la Teoría General del D.I.P. en la medida que fue una de las empleadas por el profesor inglés Morris en su célebre artículo sobre la "Proper law of a tort" aparecido en la Harvard Law Review, que tanta influencia tuviera en lo que se dió en llamar "revolución" en materia de obligaciones nacidas de ilícito civil (30).

El litigio se debió a un accidente ocurrido en el estado de Mississippi a un obrero de ferrocarriles que, domiciliado y con un contrato claramente localizable en Alabama, dependía de una empresa con sede en ese mismo estado. Presentada la demanda por daños, el Tribunal de Alabama ignoró la ley de su estado que había abolido expresamente la exención de responsabilidad basada en la teoría del "empleo común", en favor de la de Mississippi, *lex loci delicti*, que todavía

(29) 97 Ala. 126; 11 So. 803.

(30) V. Kahn-Freund, Delictual liability, 140. También: Nygh, Some Thoughts on the Proper Law of a tort, en ICLQ, 1977, p 935.

daba acogida a la doctrina. Para justificar su decisión, aparte de la simple calificación delictual que conlleva la vigencia de la ley del lugar del delito, el citado Tribunal arguyó que la ley que abolía la exoneración, e imponía la consiguiente responsabilidad del empresario, no era aplicable al caso ya que sus previsiones no operaban sobre los derechos de las partes en el contrato. Ello implicaba, en otras palabras, limitar el ámbito de competencia de la ley según criterios territoriales. En un caso análogo, *William V Southern R.R.* (31), un Tribunal de Carolina del Norte adoptó coetáneamente la solución contraria.

Aparte del insatisfactorio resultado que se obtenía con la solución del Alabama, ésta implicaba que el demandante probase ante el Tribunal la admisibilidad de la demanda según la ley extranjera del lugar del accidente; habida cuenta, pues, que la carga de la prueba recaía, además, sobre la parte más débil, se puede concluir, con el profesor Kahn-Freund que hubiera sido ciertamente preferible que, en casos análogos, referidos esta vez a ferroviarios norteamericanos dependientes de empresas de esa nacionalidad pero trabajando en países de Latinoamérica, como en *Slater V. Mexico National Railroad y Cuba Railroad Company V* --

(31) (1901) 128 N.C. 286 385 E, 893, cit por Collins en Interaction cit., pg 120 y nota 92.

Crosby (32), el Tribunal Supremo USA se hubiera desvinculado de la doctrina territorial, potenciando, en cambio, el juego del contrato (33).

Mucho más próximo en el tiempo que estos casos citados, se presentó ante el Tribunal Supremo americano otro cuya influencia superó el ámbito de ese país: el importante Lauritzen-Larsen (34). Siguiendo la sentencia en los términos que fue leída por el Juez Jackson:

"El caso se presenta del modo siguiente: la cuestión plantea un problema de conflicto de leyes: ¿debe regirse la acción de responsabilidad intentada por Larsen contra Lauritzen según las leyes de los Estados Unidos?. Larsen, marino danés, se embarcó después de una estancia temporal en Nueva York, en el Randa, - navío danés perteneciente al demandante Lauritzen, también danés. Firmó un contrato de embarque redactado en danés, que estipulaba que los derechos de los miembros de la tripulación serían regidos por la ley danesa y por la convención colectiva firmada por el armador y el sindicato de marinos, sindicato al que él mismo estaba afiliado. Mas tarde fue víctima de un accidente -

(32) Respect. 194 U.S. 120 (1904) y 222 US 473 (1911).

(33) V. loc cit en nota 30.

(34) (1953) 345 U.S. 571, 588-589. También: Romero V International Terminal Operating Co. 358 U.S. 351 (1959) cit por Mann, The Doctrine of Jurisdiction, cit, pág. 66 nota 61.

de trabajo en el Puerto de la Habana.

El intentó entonces, ante la District --
Court Federal del Southern District de Nueva York, una
acción fundada en la Jones Act (que da al marino la --
oportunidad de optar entre una acción para reparar el
perjuicio causado por su desempleo, y otra, fundada en
la simple falta, de índole legal). Lauritzen contestó
que únicamente las leyes danesas eran aplicables al ca
so y que, en cuanto a ellas, Larsen había obtenido to-
do lo que tenía derecho; contesta por otra parte la --
competencia de la District Court. Esta, sin embargo, -
decidió que el litigio debía ser gobernado por las le-
yes americanas y, en consecuencia, un jurado acordó a
Larsen 4267,50 dólares de daños y perjuicios. La deci-
sión fué confirmada en apelación por la Court of --
Appeal del Segundo Circuito, en una Sentencia que pare
ce algo contraria a su jurisprudencia anterior. Se re-
clama ahora una Sentencia de admisión (certiorari) "
(35).

La sentencia, muy bien motivada, afirmó -
la competencia de la ley del pabellón, en la que, ade-
más, coincidían ambas partes y regía también, manifiestamente, el contrato. En base, precisamente, al lugar de
conclusión del mismo (N. York), Larsen reclamaba la --
aplicación de la citada Jones Act. Sobre este punto --

(35) V. Bonassies en R.C. 54 pg 100 y s.

concreto el Tribunal afirmó el carácter delictual de toda reclamación basada en aquella (36).

Dejando aparte consideraciones de D. Internacional Público, que también intervienen expresamente en la decisión, se pueden destacar de esta sentencia tres consideraciones claves: el predominio de la ley del pabellón; la delimitación de la ley americana y, particularmente, la irrelevancia de los criterios de lugar de accidente y conclusión del contrato a efectos de la vida marítima internacional. Aunque similar, la práctica inglesa ha producido unas diferencias notables que se estudian mas adelante a partir de Mackinnon V Iberia Shipping Co. (37).

Con Duskin V Pennsylvania Central Airlines Corp. (38), se completan aquí estas referencias sobre accidentes de trabajo ocurridos en América en el área de transportes. Duskin, piloto profesional, contrata sus servicios en Washington D.C. con una aerolínea con sede en Pennsylvania. El empleado no tenía relación alguna con ese estado, aparte de haber concluido el contrato allí. Las partes acuerdan sin embargo,-

(36) Ibid p 173 y s. V. tambien: Carbone, Legge della bandiera, cit, p 164 y ss.

(37) V. Actes II p 434 y s.

(38) 167 F. 2 d. 727, 731 (6th Cir. J, cert den 335 - U.S. 829, 695. ct. 56 (1948).

que, en caso de accidente, se aplican las leyes de --- Pennsylvania. El accidente ocurrió en Alabama. Llevado el caso a un Tribunal de Tennessee, este declara, en -- principio, no haber incompatibilidad entre su Orden Público y la cláusula de elección de ley citada. Sin embargo, y mediante el reenvío a la ley de Alabama, el - Tribunal acuerda la compensación por daños que la compañía negaba en base a las leyes de su sede. El profesor Ehrenzweig, ya citado como partidario de la calificación de adhesión del contrato de trabajo, encontró en este caso un apoyo más para su teoría. En su expresivo lenguaje, el malogrado profesor se lamenta de que, para asegurar la justicia, el Tribunal de Tennessee hiciera un verdadero "Tour de force", "Waving the magic band of renvoi" (39).

Si cierto es que el uso del reenvío es -- contestado a nivel general en materia de contratos, y especialmente cuando hay estipulación expresa de ley - (siquiera aquí es parcial, referida sólo al accidente). (40), también lo es, y según lo mostró el profesor Rosenberg en su reciente Curso de la Haya, que la mayoría de las veces los tribunales habían de afanarse precisamente para huir de las consecuencias de las reglas rígidas:

(39) V. Ehrenzweig, A treatise on the conflict of laws, west publishing co, St Paul, Minn, 1902, p 528 y ss; también Actes II, 572 y s.

(40) Cfr. Bundesgerichtshof 14-2-58, R.C. 1958, p 542, nota Mezger.

"The traditional process appeared to be - simple, mechanical and inexorable. When the automatic application of the choice-of-law process produced-as - it often did-an absurd decision bearing no relations - to the merits of the case, the unfortunate result was shrugged off as a necessary cost of obtaining simplici- ty, uniformity and predictability in the resolution of conflicts problems. Actually, those goals were not -- achieved. The rules of choice, which appeared as remor- seless as the tides, were in practice subject to much manipulation by the courts, either by juggling the cha- racterization of the problem or by employing other es- cape devices to avoid thwarting justice ... " (41).

Por otra parte, lo que se puede reprochar, tal vez, al tribunal de Tennessee es no haber utilizado el correctivo funcional que aparecía como idóneo, el - Orden Público, y no el propio uso de un correctivo fun- cional, cualquiera que sea, para eludir un resultado - injusto. Al fin y al cabo, es la propia justicia la -- que orienta en sus actuaciones a estos correctivos.

Otro caso, también comentado por Ehrenz- weig, en el que se muestra la tensión entre la ley del lugar del delito y la del contrato, con respecto a los diferentes límites de responsabilidad es, en una mate-

(41) V. en resumen a multicopista del cit Curso.

ria ciertamente idónea para ello, el de la artista de trapecio Olvera (42). Esta, contratada en Florida, sufrió un accidente en Kansas. El tribunal federal que -- vió el caso en primer lugar mantuvo las exenciones de responsabilidad, ciertamente onerosas, que existían en el contrato, tras comprobar que, tanto la ley de éste como la del lugar de accidente las ratificaban. En revisión ante un Jurado, sin embargo, éste pudo compensar a la víctima, encontrando la negligencia grave que requería la ley de Florida. Hace particularmente significativo este caso el estudio que se detalla en la primera sentencia de las dos leyes más vinculadas con el suceso (43).

Las respuestas que, como se ha podido -- ver, dan los tribunales americanos a los problemas -- planteados por accidentes de trabajo son, a no dudar, -- inciertas. Unos adoptan la postura tradicional, otros se refieren al contrato; otros, en fin, intentan apreciar las diferentes leyes en presencia. Esto dicho, no obstante, obran ahora dos precisiones: la primera es -- que también se ha podido apreciar en éstos casos la --

(42) Ringling Bros & Barnum & Bailey V Olvera (1941) -- 119 F. 2 d 584 (9th cir.). También Al G. Barnes -- Amusement co V Olvera, 154 F 2 d 497 (9th cir) -- (1946).

(43) V. loc cit en nota 39; también Collins, Interaction cit pág. 125.

tendencia americana a solventar los conflictos de leyes a través de la elección de foro; así, el Tribunal Supremo, entre otros, ha permitido la competencia del estado del accidente y del que centra el contrato de empleo (44). Se ha dejado sentir, también, un intento de salir del "impasse" debido a la pugna de calificaciones etc, a partir de la utilización de la categoría "location of employment" (45). Bien es verdad, sin embargo, que a partir de esa localización se infiere normalmente el criterio de ejecución, y éste a su vez, -- suele coincidir con la ley del contrato en trabajos sedentarios. Por esta vía se pueden obtener soluciones análogas a las que se obtienen para accidentes vinculados con relaciones contractuales, especialmente en el área de transportes (46).

La sentencia *McKinnon V Iberia Shipping Corporation* (47), citada páginas atrás como contrapartida inglesa al *Lauritzen V Larsen*, sirve ahora de prólogo para el intento de reflejar las posturas de doctrina y jurisprudencia británicas con respecto a los accidentes de trabajo. El caso se planteó en los términos siguientes:

El demandante era un ingeniero escocés de Glasgow. Se había empleado en una compañía también es-

(44) V. Collins, *Interaction* p 120 y notas 93, 94, 95.

(45) V. Actes II, 573. Tb. *Restatement II*, cit, p 537-8.

(46) V. Kahn-Freund, *Delictual Liability* p 134 y ss.

(47) Cit. por Kahn-Freund en *Actes II* 575 y s.

cocesa con sede en aquella ciudad. Embarcado en un navio de la compañía, y durante un fondeo en aguas de la República Dominicana, sufrió un accidente, notoriamente debido a la negligencia de un compañero. Envió su demanda ante la Court of Session; formaba parte de -- aquella una compensación por daños morales "solatium", común en Derecho Escocés. Habida cuenta que, según las leyes de la República Dominicana, esa compensación por daños morales era inaceptable, la Inner Court de la -- Court of Session (tribunal de apelación escocés), vinculada por decisiones precedentes, no tuvo más remedio que dar por buena la defensa de la naviera. Aparte de lo desafortunado de la solución, criticada por el -- maestro Kahn-Freund como una consecuencia desgraciada de la calificación delictual de estos accidentes, mantenida en la época a rajatabla por los tribunales británicos (1955), lo que hace interesante a esta sentencia es que, según los términos de la Merchant Shipping Act inglesa de 1894, vigente en la fecha de Mackinnon, en su artículo 205, la ley del puerto de registro del barco es considerada lex loci delicti commissi con respecto a todos los delitos civiles cometidos a bordo, -- vgr. negligencia del naviero o de un compañero del -- accidentado. En este sentido se puede citar la sentencia del Tribunal Supremo de Canadá en el Canadian National Steamship Co V Watson (48). La clara contradic-

(48) (1939), 1DLR 273, cit por Kahn-Freund en Actes II p 482.

ción entre el tenor de la ley y la sentencia Mackinnon se debe, sobre todo, a que todavía pesaba extraordinariamente sobre los jueces ingleses el respeto a la soberanía extranjera: independientemente de la británica, había que respetar la ley del lugar del accidente (49).

Dejando ahora aparte la problemática de los accidentes a bordo de navios, el tratamiento británico de los de trabajo en general, en las fechas del caso recientemente estudiado se puede resumir, con --- Kahn-Freund, expresando que las reglas generales de -- los sistemas inglés y escocés de los conflictos de leyes, aplicables a los ilícitos civiles, se dice son -- las expuestas en el caso Phyllis V Eyre (1870) L.R.G. Q.B.I., que han sido adoptadas también por los tribunales escoceses (Mc Elroy V MacAllister /1849/ S.C. -- 110). Estas reglas tienen el efecto que, mientras un -- ilícito civil alegadamente cometido en la jurisdicción es gobernado enteramente por la *lex loci delicti commissi* (idéntica aquí a la *lex fori*), un acto que se alega haber realizado fuera de la jurisdicción del tribunal es actuable como "tort" sólo si es: (1) actuable -- de acuerdo a la ley del foro y (2), no justificable según la ley de comisión del delito. El significado de --

(49) V. Wengler. La responsabilita por fatto illecito nel Diritto Internazionale Privato. Ricerca de -- una nuova sistematica. en Annuario di Diritto Internazionale, 1966, p 34 y nota 49.

la regla es parcialmente oscuro, pero en el presente - contexto conduce, según Kahn-Freund a dos resultados:

La responsabilidad por un accidente que - acontece en el curso del empleo de una persona en In-- glaterra, es gobernada por la ley inglesa. Es inmate-- rial que el contrato de trabajo sea gobernado por aque-- lla o por una extranjera.

La responsabilidad por un accidente que - ocurre en el extranjero es, ante un tribunal inglés, - tambien gobernada por la ley inglesa, en el sentido -- que no se puede pretender indemnización alguna a menos que lo pueda ser de acuerdo a la ley interna inglesa...

En orden a tener éxito, la demanda debe - mostrarse bien fundada de acuerdo con la ley del foro, pero incluso si lo está a ese respecto, se perderá si el demandado no es responsable de acuerdo con la ley - del lugar del delito extranjera. Hasta aquí el maestro británico (50).

Esta práctica judicial llevaba aneja, por supuesto, una consideración espacial del ámbito de vi-- gencia de las leyes inglesas. Así, en la sentencia -- Yorke V British and Continental Steamship (51), comen-- tada asimismo por Kahn-Freund (52), el demandante re--

(50) V. Actes II p 488. Subrayado propio.

(51) (1945), 78 LCLR 181.

(52) V. Actes II p 491.

clamaba también una indemnización a su empresario en -- razón del accidente que había sufrido en Gibraltar. Alegaba que los demandados habían violado las Dock Regulations hechas bajo la Factories Act, 1937, pero la -- Court of Appeal mantuvo que, aunque el contrato de empleo estaba sujeto al Derecho Inglés, el demandante no podía ampararse en la violación de una ley protectora que se aplicaba únicamente a trabajos ejecutados en la Gran Bretaña. El demandante tuvo éxito, sin embargo, -- con una demanda basada en "common law negligence", no habiéndose probado que esa negligencia en Gibraltar di firiase de la Inglesa.

Así las cosas, y en su comunicación al II Congreso Internacional de D. del Trabajo (1957), el -- profesor inglés podía manifestar sus deseos de renovación, diciendo que no parecía haberse intentado ni en -- un Tribunal inglés o escocés, o en la doctrina sobre -- el tema, el argüir que el empleado puede, como alter-- nativa a su demanda en "tort", pretender indemnización por incumplimiento de un contrato, en razón, vgr, a -- que el empresario no haya provisto un sistema seguro - de trabajo. Si, continúa el profesor Kahn-Freund, los tribunales mantuviesen que hay demandas concurrentes - en tort y en contrato, un empleado que trabaja en In-- glaterra bajo un contrato extranjero y lesionado en un accidente en el curso de su empleo, por el cual el -- empresario no fuese responsable según el D. Inglés, --

podría, concebiblemente, pretender indemnización de --
acuerdo a la lex contractus. Mientras esto no parece -
 ser de mucha importancia (en vista de las reglas sus--
 tantivas de la Ley Inglesa que es, en estas cuestiones,
 favorable al asalariado), uno puede, sin dificultad, -
 ver que la situación opuesta puede acontecer. Podría -
 ser grandemente beneficioso para el empleado que traba
 ja fuera de Inglaterra bajo un contrato inglés y lesio
 nado en el curso de su trabajo en el extranjero, poder
apoyarse en la ley contractual inglesa, mejor que en -
una demanda en tort que podría ser contestada por el -
empresario en la -para él- más favorable lex loci de--
lict. Si tal intento se hiciese, el tribunal tendría
 que decidir (cuestión no resuelta hasta ahora) si la -
 responsabilidad del empresario era exclusivamente de--
 lictual o delictual y contractual al mismo tiempo ...
 (53).

Dos años después el supuesto imaginado --
 por el maestro del Brasenose College hubo de verse an--
 te los tribunales: era el célebre caso Matthews v Ku--
 wait Bechtel Co (54).

Los hechos pueden resumirse como sigue:

Matthews se empleó como capataz con la --

(53) Ib p 488 y s.

(54) (1959) 2 Q.B. 57; (1959) 2 All E.R. 345; vid refe
 rencia en ICLQ, 1959, 741 y ss., también, Collins
Interactions, p 110.

Corporación demandada (la potentísima Bechtel) con sede en Panamá, para trabajar "en Kuwait o en cualquier otro lugar del Oriente Medio o Próximo, como la Corporación 'pueda desear". Sufrió un accidente en Kuwait. - El contrato entre él y su empresario, la citada constructora, no tenía cláusula alguna sobre el deber del empresario a proveer, con cuidado razonable, un sistema seguro de trabajo. En base al incumplimiento implícito del contrato, al no haberse respetado el deber de tomar una razonable diligencia, Matthews inicia el correspondiente pleito, del que sale triunfante en las primeras instancias. Llevado el caso a la Court of Appeal, ésta rechaza la defensa de la Corporación demandada, según la cual la acción se basaba en "tort", --- tras apoyarse en la sentencia de la House of Lords en *Dane V New Merton Board Mills, Ltd*, (55) y en *Lister - V Romford Ice & Cold Storage Ltd* (56).

Así, según la Court of Appeal, una acción en los términos de este caso: "Was grounded on contract ... on the base of the implied clauses of the employment contract between the employer and his employee". Dejando de intento las consideraciones procesales que intervienen en el caso, se puede ver fácilmente como la Court of Appeal se había orientado en el sentido -- que, en fecha reciente, había sugerido Kahn-Freund.

(55) (1959) 2 W.L.R. 331; (1959) 1 All E.R. 346.

(56) (1957) A.C. 555.

Esta solución alcanzada en el caso Matthews habría de ponerse a prueba en otro notorio caso que ha recibido aquí tratamiento en diversas ocasiones: Sayers V International Drilling Co (57). Vale la pena recordar los hechos:

El demandante, Sayers, era un obrero inglés que trabajaba en una plataforma petrolífera en aguas territoriales de Nigeria, a cargo de una compañía holandesa subsidiaria de otra americana. El contrato, firmado en Inglaterra con un representante de la compañía, con domicilio en Londres, era un contrato standard en el que, y entre otras cosas, se estipulaba, además del pago en libras esterlinas, una cláusula (ciertamente leonina) en la que el empleado se sujetaba al esquema de compensación de la compañía, renunciando expresamente al D. Inglés (58). Tras haber sufrido un accidente a causa de la negligencia de sus

(57) (1971) P.W.L.R. 1176; (1971) 3 All E.R. 163. V. - sobre esta sentencia, entre otros: Collins, Exemption clauses, employment contracts and the conflict of laws, ICLQ, 1972, 320 y ss; Gamillscheg, Lab. Contracts cit, p 18, nota 151. Garofalo, Disciplina Internazionale privatistica e prassi contrattuale dei rapporti di lavoro in stato di insulazione, -- RDIPP, 1976, 750 y ss; Kovats, Employment contracts and the conflict of laws J.B.L., 1973, 15-22; -- Mann, Statutes and the Conflict of laws, BYBIL, - 1972-73, p. 130, 141 y ss. North, Contract as a tort defence in the conflict of laws, ICLQ, 1977, p. 923 y ss.; Smith, International employment contracts-contracting-out, ICLQ, 1972, p 104 y ss; - Wengler, L'immunité cit p 637 y ss.

compañeros, presenta demanda en tort, apoyándose también en la Law Reform (Personal Injuries Act) 1948, -- Section I (3), que anularía la cláusula de exención.

Llevado el caso ante la Court of Appeal, -- dos de los jueces (Salmon L.J. y Stamp L.J.) se interesan sólo en una cuestión: ¿Cual es la "proper law" del contrato?, en tanto que Lord Denning M.R., centra su atención en la "proper law of the issue". Sus compañeros llegan a la conclusión que la "proper law" del contrato es holandesa, a tenor de lo cual se mantiene la cláusula controvertida; el "Master of the Rolls", sin embargo, concluye que la ley aplicable al contrato es la inglesa ... Pero en tanto que la demanda se ha presentado en tort, se requiere una indagación sobre la ley que rige aquel. Para ello utiliza el "approach" de la "proper law of the tort", análogo a su versión contractual, que él mismo había defendido en otro célebre caso: *Chaplin V Boys* y que, había sido admitido en la House of Lords (especialmente por Lord Hodson y Lord Wilberforce) (59). De esta manera llega a considerar -- la holandesa como ley del tort. Habida cuenta de la -- cláusula contractual de expresa renuncia a la ley inglesa, es la holandesa la que prima al fin en tanto -- que esa cláusula: "turns scale against English law" -- (60). Sayers, pues, quedó desprotegido.

(58) V. texto de la cláusula en Kovats, loc cit en nota anterior.

(59) V. Contra, Collins, Exemption clauses cit p 328.

(60) Ibid p 329.

No parece oportuno extenderse aquí sobre los méritos o deméritos (éstos últimos, sin duda, mas numerosos) de la Sentencia Sayers. Quede constancia, - simplemente, de que, de haberse seguido el razonamiento de los miembros de la House of Lords en el citado - Chaplin V Boys, el tratamiento en tort de la demanda - debiera haber llevado a la Court of Appeal a aplicar - el Derecho Inglés, y ello porque, siguiendo al especialista británico Collins:

"On the traditional approach, the act of negligence in Nigeria would have been actionable had - it occurred in England and was not proved to have been either justifiable nor innocent under Nigerian law, -- and there having been no evidence of Nigerian Law, the act must be presumed to have been actionable under Nigerian Law. In particular since there was no evidence that the exemption clause would be given effect to in Nigeria, English Law must be applied; or

on the approach of Lords Hodson and Wilberforce there was no reason to depart from the double actionability rule on the facts, since the claim was - not against public policy and justice would not be -- effected by excluding it. (Únicamente en esos casos admiten los citados Lordes la "proper law of tort").

Therefore, on any view of Chaplin v Boys the claim was prima facie admissible and the contractual

defence was not admissible" (61).

Unas observaciones ahora, sin embargo, con la que se retoma y concluye el hilo de las ya expuestas sobre este caso a lo largo del presente trabajo.

¿Que motiva, en realidad, que los miembros de la Court of Appeal y, entre otras cosas, ignorasen la fuerte vocación del Orden Público inglés en este caso, aplicasen, también, el "favor validitatis" a una cláusula lesiva para la parte notoriamente mas débil y, en fin, dieran paso a la posibilidad, en un área tan susceptible como la laboral, al "Contrato sin Ley"? La contrapartida en toda la cuestión que se trata, es decir, la propia ley holandesa, tal vez pueda poner en la pista del problema que se plantea.

La empresa demandada alegó, sin que fuera objeto de discusión, que las normas imperativas holandesas, que también anulaban la cláusula en contratos internos, dejaban fuera de su competencia los llamados "contratos internacionales". Contra esta posibilidad el maestro Wengler articula una brillante crítica en su ya citado artículo sobre la inmunidad legislativa de los contratos internacionales, de la que se puede destacar, por ejemplo, la violación que ello supondría de un principio tan fundamental como el de igualdad de

(61) Ibid p 332 y s. Subrayado propio.

tratamiento de situaciones jurídicas con conexiones --
homogéneas o heterogéneas (62).

Ante la facilidad con que el tribunal inglés acepta la tesis de la Compañía, cabe preguntarse si no se estará empezando a dar una situación paradójica que de cristalizar llevaría consigo consecuencias graves: paralelamente al progresivo avance de las legislaciones internas, en materia como la laboral, a través de gran número de disposiciones imperativas, ¿se está produciendo a nivel de tribunales una desvinculación, un cierto desinterés, con respecto a situaciones que no tienen un entronque inmediato con el ordenamiento del foro?... Pero en el caso Sayers el interés del foro es notorio ... Sin embargo, cede ante esta nueva "Soi-dissant" potestad normativa de los grupos de empresas (62 a). Así se podría explicar, por ejemplo, que en sus consideraciones dos de los jueces ingleses adoptasen mas bien los puntos de vista de hombres de negocios: el contrato era holandés porque era de forma standard para empleados de distintas nacionalidades y daría "business efficacy" el ser gobernados por la ley del empresario; además el hecho de que el -

(62) V. L'immunité cit 637 y ss y espec. 650; también R. De Nova, Norme autolimitate cit, p 239-252. II. Batiffol, nota a la St. Zanarelli, R.C. 1970, p 280 y ss.

(62a) V. Rigaux: Droit Public et D. Privé dans les relations Internationales, pp 400, 442 y ss.

contrato expresamente excluyese los derechos del empleado de acuerdo a la ley inglesa, indicaba que ésta, ley de origen del empleado, no era aplicable (63), o bien que un jurista de la talla de Lord Denning caiga en -- una petición de principio tan palmaria como, y tras acordar el contrato la ley inglesa, ignorar ésta en favor de la de Holanda, en virtud de una cláusula nula -- según el Derecho Británico.

Aunque la Sentencia Sayers conserva su valor como llamada de atención sobre importantes problemas, no se puede concluir sin precisar que, además de la doctrina, otro alto tribunal británico, esta vez el escocés presidido por el Lord Ordinary (Kissen), la ha rechazado expresamente en el caso Brodin V A/R Seljan & Another (64). Todo ello hace suponer que los británicos olviden, en breve plazo, el precedente del caso Sayers que, en definitiva, no ha venido sino a complicar, sin mayor interés, un principio de solución que se reputaba válido desde la sentencia Matthews. O, en todo caso, y dejando al margen la actuación eventual de la nueva Ley Inglesa sobre Cláusulas de Exención, ya citada (64a), se extienda la opinión de North, por

(63) V. Contra Kovats, op cit, p 18.

(64) (1973) S.L.T. 198; vid., sobre esta sentencia, -- Thomson, International Employment contracts-the - scottish approach, en ICLQ, 1974, 458 y ss.

(64a) Vid Supra, Parte I, Capit. I, Secc. III, ap II.

la cual la validez de aquellas debe estimarse a la vez por el foro y la ley del lugar del accidente (64b).

La actitud de la Jurisprudencia Francesa, última de las que se utilizan en este breve muestrero, se puede trazar, no sin cierta simplificación, en cuatro fases diferenciadas.

La calificación delictual del supuesto -- conlleva, en una primera fase, a la clásica vincula---ción al lugar del daño; será el caso de la sentencia - Pasquet C Chemins de Fer d'Orleans (65).

En la sentencia de las Chambres Reunies - de la Cour de Cassation de 1921 en Antipoul C Hersent (66), el Alto Tribunal da entrada a una calificación - legal al declarar que la obligación de indemnizar que pesa sobre el empresario es "la consequence necessaire du contrat de louage de services"; de esa manera se am plió la vigencia de la ley francesa de 1898 a los acci dentes ocurridos fuera de Francia, en tanto que el --

(64b)V. op cit en nota 57, p 931.

(65) Cass Civ 21, 1, 1911; S. 1897 I, 230; cit por -- Kahn-Freund en Delictual obligations ... p 132, - nota II. Cfr, también Lautour C Guiraud, S. 1941, I, 21, Cass 25-5-48, Comentario de H. Batiffol en R.C. 1949, p 89, cit también por Delaume en Choice of law in torts, Recent French decisions, en AJCL 1971, p 7.

(66) Cass. Reun, 26, 5, 1921; S 1923-1-33, cit por Kahn-Freund en Delictual ... 138 nota 34.

contrato estaba regido por la ley Gala (67).

Tras la Ley de Seguridad Social de 30 de Octubre de 1946, se pensó en una respuesta territorialista que fué, sin embargo, rechazada por la Cour de Cassation en sentencia de 9 de diciembre de 1954, en la que expresamente se aludía a que "la loi applicable a une maladie professionnelle ou a un accident de travail est celle que régit le contrat de travail" (68).

La solución anterior se vió complementada, finalmente, por la sentencia de 11 de mayo de 1962 en que la Cour de Cassation consagraba en *Etablissements Carriere-Durasol C "La Protectrice"*, la teoría de las "normas de aplicación necesaria" en este área. Tal parece ser la solución que perdura en la actualidad, a pesar de poderse reflejar en algunas recientes sentencias tintes de la posición estrictamente territorialista que normalmente se vincula a las leyes de Seguridad Social (69).

La doctrina francesa, por otra parte, se divide entre los que excluyen del ámbito del conflicto de leyes la problemática de los accidentes de trabajo,

(67) V. Kahn-Freund, loc cit en nota anterior.

(68) St. Blanchard, R.C. 1956, p. 462, nota Freyria; - también, del mismo autor: La notion du Conflit de Lois en Droit Public, cit, esp p. 109 y ss.

(69) V. A. Toubiana, op cit, p 270, nota 2.

en razón, principalmente, a la fuerte influencia de -- la Seguridad Social en el tema; los que, simplemente, consideran la visión contractual como "depasse" (Simon-Depitre, Goldman, Bourel), y aquellos que, finalmente, mantienen el juego de las normas de conflicto en consonancia con las de aplicación necesaria (Batiffol-Lagarde), solución ésta última que parece ser, una vez mas, la adecuada (70).

De las opiniones mas recientes, en definitiva, hay que resaltar la de A. Toubiana. Para esta autora se haría bien en dejar, y por la necesidad de que la reparación económica sea la contrapartida de la -- aportación de trabajo al país, las conexiones usadas -- por la jurisprudencia, manteniendo únicamente como criterios los de ejecución y sede, si bien, y para la profesora francesa, quepa dudar, en ocasiones, de que esta propuesta signifique algún adelanto con respecto a la práctica jurisprudencial de su nación (71).

Resumiendo ahora, en breves líneas, la situación del problema tal y como se ha expuesto en los países citados, es posible decir que, tratándose de -- América, se observa una cierta tendencia al contrato,-

(70) V., en general, Batiffol-Lagarde, Droit International Prive cit, p 280 y ss; también supra, Parte I, cap II, Secc III; ésta Parte, cap II, Secc III.

(71) V. A. Toubiana op cit pág 270 y s.

si bien, es preciso tenerlo en cuenta, el gran número de Workmen's Compensations Acts y, sobre todo, los --- Wrongful Death Statutes, impiden dar más que una respuesta, aproximada (72). Más claro, sin embargo, aparece el planteamiento en Inglaterra y Francia donde, a pesar de la evidente disparidad de métodos, se llega, según parece, a soluciones análogas. Así, por ejemplo, y con su peculiar visión de la territorialidad, los ingleses han previsto prácticamente las mismas respuestas que sus vecinos del otro lado del Canal, salvando en cambio toda la polémica sobre las normas de aplicación inmediata, tópica casi en materia de accidentes de trabajo, y en la que, a veces, se alcanzan unos grandes niveles de complejidad (73). De este modo, y parafraseando al célebre personaje de Moliere, los británicos tal vez hayan estado hablando en prosa, sin haberse percatado de ello (74).

Una compulsa de las respuestas al problema en el resto de los países mostraría, sin grandes dificultades, como influye la eventual solución que se -

-
- (72) Cfr. De Nova, Conflits de Lois, cit, p 386 ss; también: Ehrenzweig, Specific Principles of Private transnational law, en Rec. des Cours, 124, 1968 - II, pp 337 ss; Jayme, P.I.L., V. III, (Spec. Part), pp 114 y ss, Restatement II, pp 537 y ss.
- (73) V. por ejemplo, Gothot y Holleaux, R.C. 1973, 673 y ss.
- (74) Cfr. la sentencia Szalatnay-Stacho V Funk, (1947) K.B.I. (C.A.) cit por Collins en Exemption clauses etc, cit, p 321, nota 7 y, también, p 331 y ss.

dé a la ley aplicable al fondo del contrato. Así, para el alemán Beitzke, el criterio de sede debe primar en accidentes; para Conforti, sin embargo, será el lugar de ejecución ... etc. (75).

Concluye ahora esta exposición sobre el - segundo núcleo de estudio (hubo uno preliminar, como - se recordará, en materia de calificaciones) de los accidentes de trabajo, ley aplicable a éstos, con una referencia sintética a lo que sobre el particular expuso, en su reciente Curso de la Haya, el especialista y profesor italiano Luigi Ferrari-Bravo. Para él, y en virtud del "favor laboris", amén del deber de protección general que pesa sobre el empresario, consecuencia necesaria del contrato de trabajo, se debe vincular el accidente a la ley que rige aquel. Esta solución no es incoherente, en la medida en que, salvada la calificación delictual o no de la acción en responsabilidad, y puesto en evidencia que el propósito de -

(75) V. respectivamente, Beitzke, Les obligations delictuelles dans le Droit International Privé, en Rec. des Cours, 1905, II, 115, p 115 y ss; Conforti, op cit p 237 y ss; también, en general, Bourel, Les conflits de lois en matiere d'obligations extracontractuelles, Paris, L.G.D.J., 1961, p 107 y ss; M. Aguilar Navarro, en D. Civil Internacional, cit, p 537 y ss; Fleming, Tort liability for work injury, en I.E.C.L., vol XI, capit 9; Pancbianco, op cit, pg 255 y ss. Hay Tesis Doctoral - en preparación a cargo de la Prof. Ma Luisa Alonso Morcada, sobre la problemática de los acc. de aviación.

legisladores y jueces ha sido proteger, especialmente, a los accidentes ocurridos en cada territorio nacional, mediante una conexión unilateral de la norma material, es perfectamente compatible alternar en cada caso uno u otro procedimiento.

El problema más profundo, y siguiendo el discurso del profesor italiano, no radica ya en la posible toma en consideración de normas extranjeras de derecho público, que se admite ya a nivel general, sino en la imposibilidad de admitir, en el territorio del foro, que se lleven a cabo actos derivados del poder público extranjero. Tal acontece, por ejemplo, en el caso que se tratase, en el territorio nacional, la recuperación forzosa de contribuciones debidas en favor de órganos extranjeros de derecho público, o bien el ejercicio por éstos de poderes de control. Podría entonces suceder que, a causa de la inejecución de obligaciones vinculadas a una ley extranjera, el sistema de protección de trabajo no funcionase, y que el trabajador se vea privado de la indemnización debida en el sentido de la ley extranjera. En ese caso, y según el método propuesto por el profesor Ferrari-Bravo, habrá ocasión de utilizar la ley que rige el contrato, en base a la violación del deber de protección que incumbe al empresario. Cita en apoyo de su tesis la sentencia de la Corte Di Appello de Genova en el caso Malta

Steamship Co C Cerulli ed altri (76).

El mérito especial del aporte del profesor Ferrari-Bravo radica, y ello justifica su extensa toma en consideración aquí, radica en haber centrado el problema en sus términos mas precisos, en definitiva, resaltando matizadamente su vinculación con la problemática de la Seguridad Social. Esa vinculación, por supuesto, no se ha negado aquí nunca. Lo que interesaba en estas páginas era pasar el problema de los accidentes de trabajo por el tamiz de la Teoría General del D.I.P. De esta manera, se puede decir que los accidentes de trabajo son la excepción que confirma la regla, y eso en el sentido propio de la expresión: aunque a primera vista parezcan subsumirse por completo en la temática de la Seguridad Social, también pueden proveerse soluciones adecuadas siguiendo la citada Teoría General del D.I.P.

(76) 14, junio de 1969. Recogida en RDIPP, 1968, V. por todo lo anterior, Luigi Ferrari-Bravo, Les Rapports cit p 395 y ss; tambien, del mismo autor, Responsabilità civile e Diritto Internazionale -- Privato, Napoles, ed Jovene, 1973, p 42 y ss; así mismo Panebianco, op cit, p 252.

SECCION II. AREAS DE PARTICULAR INTERES.

Llega ahora el momento de, tras haberse fijado el marco general de la teoría aquí propuesta para el D.L.I., centrada sobre todo en el contrato de -- trabajo, enfrentar, siquiera a grandes rasgos, la problemática laboral en sectores tan característicos como transportes y grupos de empresas. Se procede, pues, a ello, debiéndose precisar antes, sin embargo, que en este postrer estudio, enfocado desde la órbita contractual, se han debido tomar en cuenta factores que, transcendiendo del D.I.P., no podían eludirse sin riesgo de caer en una excesiva simplificación.

APARTADO I. TRANSPORTES.

No es de extrañar que un área laboral de las características de los transportes internacionales se haya visto reflejada, en varias ocasiones, a lo largo del presente trabajo. Están muy próximas, por otra parte, las últimas y más importantes precisiones sobre el particular: sentencias en materia de accidentes. Interesa ahora emplazarla dentro del ámbito del D.L.I. - Para ello se ha destacado, principalmente, el núcleo -

de la navegación marítima. Y, esto, no sólo por su especial ejemplaridad, sino por un grado de elaboración que compensa un tanto la servidumbre del D.I.P. respecto del propio desarrollo de las leyes materiales. Desde este punto de vista, se puede decir que el Derecho Marítimo proporciona a aquél una estofa más moldeable que, por ejemplo, el de Sociedades, si referido a los grupos de empresa, o, también, su contrapartida aérea.

A título de emplazamiento del tema se siguen, a continuación, unas reflexiones sobre los transportes terrestres.

Al hablar de la "Sede se adelantó ese criterio como el idóneo para regir situaciones laborales imbuídas de movilidad de las que, por supuesto, los -- transportes terrestres constituyen parte cualificada. La subsunción de estos supuestos en el art. 4, ap 1º -- de la Resolución de Zagreb es completamente natural. -- "Sous réserve de l'article 5 (ley aplicable al fondo, autonomía de voluntad) les lois ci-après sont compétentes dans les situations suivantes: a) dans les cas où le lieu de l'exécution du travail se trouve sur le territoire de plusieurs États ou n'est que de nature -- transitoire ... la loi du pays où se trouve le siège -- social ou le domicile de l'employeur" (77).

(77) V. Anexo I.

En los términos que se avanza, no parece haber obstáculo a dar por buena la solución del I.D.I. Años antes, cabe recordar, se adoptó, asimismo, en la Convención sobre la Seguridad Social de los Trabajadores de los Transportes por Carretera, auspiciada por la O.I.T. (78). Aunque a partir de esta práctica se reduzcan considerablemente, subsisten, sin embargo, zonas en las que se alcanza un notorio grado de problematización. Piénsese, por ejemplo, en la responsabilidad civil del trabajador de transportes (79), y, principalmente, en el respeto de las normas sobre condiciones de trabajo de los países en que desarrolla su actividad. La respuesta, y según lo recoge la doctrina (80), no parece ser otra que un tratamiento convencional del problema. En esa línea se puede recordar el Acuerdo Europeo que, propiciado por la Comisión Económica para Europa de las Naciones Unidas, se firmó en Ginebra el 19 de enero de 1962. En él, y entre otras cosas, se establecían:

La edad mínima para conducir (21 años);

La duración del trabajo (48 horas semanales) y remuneración especial por horas extras;

Todo período de 24 horas, a inicio de --

(78) Cit en Europeen, p 87.

(79) V. Actes II, p 376.

(80) Cfr. Simon Depitre en Droit du travail et conflits de Lois, en R.C. 1958 p 294.

partida, debía comportar un descanso de 10 consecuti--
vas...

Salvo derogaciones extraordinarias la con--
ducción no puede superar, de modo continuo, las 5 ho--
ras; las interrupciones no deben ser menores de 30 mi--
nutos para que no se computen como tiempo continuo;

El salario y la indemnización no pueden --
ser inferiores a los previstos por las disposiciones --
legales o convencionales en vigor en el país en el --
cual el trabajador ejecuta normalmente su actividad ...
Las dietas deben comprender alojamiento y tres comi---
das ...

En un cierto número de casos previstos, --
la tripulación debe componerse de dos hombres ...(81).

El Consejo CEE ha promulgado un reglamen--
to de análogas características con fecha 25 de marzo --
de 1969 (82).

Los transportes por carretera se presen--
tan, en definitiva, como marco adecuado a una coordina--
ción entre los clásicos métodos conflictual y conven--
cional, que tan buen resultado da en otras áreas. Hay

(81) Cfr. Leon Eli-Trocler, Elementi di diritto socia--
li europeo, Milano, Giuffrè editore, 1975, p 213
y s.

(82) Reg CEE 543/69; cit por Lyon-Caen en européen, p
339 y s. Esta cuestión se trata también en el 64
Periodo de Sesiones de la O.I.L., Ginebra, junio
de 1978..

que decir, sin embargo, que todavía se está lejos de -
llegar al acuerdo que, en buena lógica, debiera propi-
ciar la comunidad de intereses en resolver la problemá-
tica social de los transportes; así lo muestran las di-
ficultades habidas, en la propia Comunidad Económica -
Europea, a la hora de observar en la práctica el Regla-
mento ad hoc antes citado (83). De cualquier modo, y -
pasando ya al tema de la navegación, se podría apre-
ciar como en éste, y al menos a nivel de principios, -
debido tal vez al mayor desarrollo jurídico propiciado
por la tradición de la Humanidad, en la que, como se -
sabe, las relaciones marítimas han tenido una importan-
cia decisiva, el panorama es diferente. Sin excesivo -
temor a errar se podría decir, por otra parte, que las
soluciones que se vienen observando en el área maríti-
ma, parecen calcarse, al menos hasta ahora, en el tras-
porte aéreo.

En su citado "Exposé Preliminaire" a los
miembros de la Comisión, el profesor Szaszy justifica-
ba, entre otras cosas, el incidir de nuevo sobre un te-
ma ya tratado por el I.D.I., alegando que, desde la --
fecha de la anterior Resolución (1937), se habían pro-
ducido grandes cambios en la estructura económica, so-
cial y política de la Comunidad de los Estados que era
preciso tomar en consideración (84). Reteniendo lo --

(83) Ib.

(84) V. Zagreb, I, p 333 y s.

anterior, y si se comparan los textos de las dos Resoluciones (Luxemburgo y Zagreb) respectivamente en sus artículos 7 y 4 (b), se puede inferir que, al menos en materia de navegación y a efectos de conflicto, no se ha producido, en el área laboral, ningún cambio sustancialmente apreciable. La única diferencia, de hecho, - que, en un primer acercamiento, se observa en la nueva Resolución, es que se ha abandonado la referencia en - materia de navegación fluvial, a la ley del estado en que se desarrolla principalmente. De ese modo el artículo 4 (b) de Zagreb queda como sigue:

"Si la relation de travail est relative a la navigation maritime: la loi du pavillon; et si elle est relative a la navigation fluviale ou aerienne: la loi du pays d'immatriculation du bateau ou de l'aeronef" (85).

Con ello el Instituto no reflejaba más -- que el acuerdo general existente a todos los niveles -- sobre el particular y, por supuesto, el habido entre -- sus miembros, evidenciado en una votación en la que se aprueba el texto por 34 votos a favor y dos abstenciones (86). Por otra parte, esta solución concordaba con la acogida por el propio Instituto en Bruselas (1963), con motivo de su Resolución sobre los conflictos de --

(85) V. Anexo I.

(86) Cfr. Zagreb II p 318 y s. también Zagreb I pg 275 y ss, 351; en general Actes II, 335 y ss.

leyes en materia de Derecho Aéreo, que en su artículo 1º, primer párrafo, se lee como sigue:

"Au sens des articles suivants, la loi nationale d'une aeronef est celle de l'Etat sur les registres duquel cet aeronef est immatriculé".

Esa ley es la que se aplica, en el artículo 4, a los contratos de trabajo del personal aéreo -- (87).

La Ley del Pabellón, y como se pudo ver -- al punto de las normas de conflicto de D.L.I. (88), ha sido recogida por muchas legislaciones nacionales y, -- en todo caso, en gran número de decisiones judiciales; de éstas últimas se puede distinguir la ya citada de -- la Supreme Court de los E.E.U.U. en el caso *Lauritzen-Larsen*, en la que en frase ampliamente recogida el -- Juez Jackson dijo que (la aplicación de la ley del pabellón) era "perhaps the most venerable and universal rule of maritime law relevant to our problems" (89).

En este punto hay que precisar que, con-- trariamente a lo que se pueda suponer, sobre todo en -- vista de la plasmación normativa del principio de la --

(87) V. Annuaire de L'IDI, v. 50, II, 365 y s.

(88) V. *Supra*, Primera parte, cap. II, Secc II.

(89) V. Zagreb p 350. También las sentencias del T.S. 2-3-66, 30-11-66, recogidas en J. Clunet, 1973, p 802-803; asimismo, T.S. 11-12-74, Aranzadi 1974, nº 4849, cit por Marín López, op ult. cit p 202.

ley del pabellón, ésta se presenta en doctrina, principalmente, como criterio subsidiario general al de autonomía de voluntad, y no como único o predominante. -- En ese sentido se expresan las más recientes Resoluciones del I.D.I.; así en el artículo 4 de la de Zagreb, -- y en términos análogos a los de Bruselas se expresa -- que "sous reserve de l'article 5 (aut de voluntad), -- les lois ci-apres son competentes dans les situations suivantes ...". (90).

Aparte del ejercicio jurisprudencial de -- las normas unilaterales, hay diversos países como Holanda y Grecia en los que se admite, sin más, por los tribunales, el juego de la Teoría General de las Obligaciones en esta materia (91). Así las cosas, se pueden prever situaciones conflictivas en el caso de pretenderse dar alcance bilateral a las normas unilaterales, en contra de una elección de las partes. Tal vez dieran alguna luz sobre el problema las siguientes consideraciones de la Supreme Court de U.S.A. en el caso Lauritzen V Larsen:

"Except as forbidden by some public policy, the tendency of the law is to apply in contract matters the law which the parties intend to apply. We --

(90) V. Anexo I.

(91) V. Szaszy Conflicts of Laws, cit p 134 y s. allí citados; Tribunal Civil de Atenas, nº 10. 162 -- (51), cit por MSD, Actes 11, 309.

are aware of no Public policy that would prevent the parties to this contracts, which contemplates performance in a multitude of territorial jurisdictions and on the high seas, from so settling upon the law of the flag state as their governing Code. This arrangement is so natural and compatible with the policy of the law that even in the absence of an express provision it would probably have been implied... We think quite a different result would follow if the contract attempted to avoid applicable law, for example, so as to apply foreign law to an American Ship" (92).

Nótese que, en principio, y salvo si el barco es americano, el tribunal no rechaza la posible llamada a otra ley diferente incluso a la del pabellón. Tal pudiera muy bien ser la postura de las jurisprudencias ligadas por normas unilaterales (93). La ausencia de decisiones al respecto, sin embargo, emplaza al problema como mucho más teórico que real.

Resumiendo lo hasta aquí expuesto se puede proclamar en este área de la navegación un consenso que fuera también deseable en otras muchas cuestiones relacionadas con el D.L.I. La aceptación de la autonomía de voluntad en materia de navegación ilustra, por

(92) Cfr. Actes II, p 436; también: Ehrenzweig, P.I.L., cit, General Part, p 140.

(93) V. Contra, MSD, Actes II, p 367 y nota 3.

otra parte, la conveniencia de huir de criterios rígidos, por muy tradicionales e importantes que sean, si se trata de dar una respuesta adecuada a los problemas de la vida laboral internacional. De ahí el cambio de óptica de las Resoluciones de Luxemburgo y Zagreb: en aquella se mantenía la exclusividad de la ley del pabellón. Aquí se avanza una vez más, como hipótesis, lo que ha de recibir cumplida respuesta en el siguiente problema que se trata: los pabellones de complacencia.

Aunque la noción de pabellón de complacencia está, sin duda, bastante tratada a nivel doctrinal, parece oportuno fijar, cuando menos y a modo de prólogo a su estudio, unas líneas que resuman las características comunes más singulares a los países que otorgan su pabellón en estas condiciones. Para ello se seguirán los expuestos por Lord Rochdale, "Chairman" del "Committee of Inquiry into Shipping", en cuyo Report de mayo de 1970 se puede leer:

"I) El país de matrícula permite que sus barcos mercantes sean propiedad o estén bajo el control de extranjeros;

II) La matrícula es fácil de obtener. En general, el barco puede ser registrado en la oficina de un consulado en el exterior. Además, y cosa importante, la transferencia de la matrícula no está sometida a ninguna restricción;

III) Los beneficios de explotación de los barcos no están sujetos a impuestos locales o éstos -- son muy bajos. Las únicas cargas impuestas son un derecho de matrícula y un impuesto anual basado en el desplazamiento. También puede establecerse una garantía o llegarse a un acuerdo sobre exoneración futura de impuestos;

IV) El país de matrícula es una pequeña potencia que en ninguna circunstancia tendrá necesidad de recurrir a las embarcaciones registradas, pero los ingresos provenientes de una imposición modesta sobre un gran tonelaje influye considerablemente en su ingreso nacional y en su balanza de pagos;

V) Existe plena libertad para dotar los barcos con tripulaciones extranjeras;

VI) El país de matrícula carece de poder para imponer el cumplimiento de reglamentos nacionales o internacionales, y tampoco dispone de los servicios administrativos necesarios; por lo demás no le interesa ni tiene poder suficiente para controlar a las compañías mismas" (94).

Preciso es, además, distinguir entre los -

(94) Cfr en O.I.T., Informe V, Conferencia Técnica Marítima Preparatoria, Ginebra, Octubre de 1975. -- Navios en que prevalecen condiciones inferiores - a las mínimas, especialmente las registradas bajo bandera de conveniencia, p 36-37.

territorios de banderas de complacencia y los "paraísos fiscales". La diferencia es que, en estos últimos, vgr Bermudas, Bahamas, Gibraltar y Antillas Holandesas, los navíos están sujetos a la reglamentación común de la Metrópoli (95).

La realidad del problema de los pabellones de complacencia, tema clásico del Derecho Internacional Público, había de incidir forzosamente en cualquier esfuerzo doctrinal encaminado a dotar de categoría propia al Derecho de las relaciones laborales internacionales (96). Así, ha recibido atención, tanto a nivel de especialistas (Simon Depitre, Szaszy, Gamillscheg) (97), como en las dos aportaciones colectivas -- más importantes que contemporáneamente se ha efectuado al D.L.I.: el II Congreso Internacional de Derecho del Trabajo y la Resolución de Zagreb del I.D.I. De aquí se pueden destacar, entre otras, las intervenciones al respecto de M. Simon-Depitre, Rothman (98) y, sobre todo, la del maestro inglés Kahn-Freund que sintetizó el mismo en una de esas frases que alcanzan rápidamente -

(95) Ib.

(96) V., en general, Rodiere, Droit Privé Maritime International Contemporain, en Rec. des Cours, 1972, III, p 339 y ss.

(97) Cfr, respect, Droit du travail, cit pg 293 y s; - Conflicts ... p 133 y s. Internationales arbeits rechts, (1959), p 130.

(98) V. respect. Actes II, p 300 y s, 435.

consenso general: "La loi du pavillon in this case is la fraude a la loi" (99) (el que conozca la actitud de los ingleses hacia el fraude a la ley comprenderá fácilmente la curiosa construcción bilingüe de la frase). De entre los trabajos del I.D.I. se pueden destacar, aparte de las intervenciones del Rapporteur, las del profesor griego Fragistas (100), si bien se recibió el problema a nivel general.

Constatada ya la asunción del problema -- por la doctrina, falta señalar los diversos medios que, a todos los niveles, se han avanzado con vistas a su solución.

Así, y actuando sobre las conexiones se trae a colación la ley del armador, ya por sí (Kahn-Freund), o subsidiariamente (Szaszzy) (101). A nivel de jurisprudencia se refrenda esta postura, por ejemplo, en la sentencia del Tribunal Regional de Trabajo (distrito federal) de Rio de Janeiro del 25 de octubre de 1948 (102). En ésta se declaraba expresamente no haber lugar a aplicar la ley del pabellón más que en los casos en que ésta coincidiera con la de domicilio del armador (103). La práctica americana, sintetizada por el -

(99) Ib p 576.

(100) V. Zagreb p 409 y s, también p 451 y s.

(101) V. respect. loc cit en nota 99 y Zagreb, p 326.

(102) V. Journal Clunet, 1957, 162; cit por MSD en -- Actes II, 369.

(103) V., también, sentencia de la Court of Appeal inglesa cit por Kahn-Freund en loc cit en nota 99.

Juez Jackson en el *Lauritzen V Larsen* también se orienta en esta dirección: (refiriéndose a la vinculación - del armador como criterio para imponer la aplicación - de la Jones Act): "Until recent times this factor was not a frequent occasion of conflict, for the nationality of the ship was that of its owners. But is common knowledge that in recent years a practice has grown, particularly among American shipowners, to avoid stringent shipping laws by seeking foreign registration eagerly offered by some countries. Confronted with such operations, our courts on occasion have pressed beyond the formalities of more or less nominal foreign registration to enforce against American shipowners the obligations which our law places upon them" (104).

En esta línea parece moverse, también, -- los griegos, de quienes se pregonan importantes éxitos a la hora de extender las leyes de trabajo nacionales a sus trabajadores en navíos extranjeros, particularmente, de armadores griegos (105).

Es común también, a este respecto, propiciar el criterio de sede, entendido como "sede real o efectiva". Así se presentaba, en el artículo 3, alternativo, del Proyecto Provisional de Resolución que presentó Szaszy a sus compañeros de la Comisión (106). --

(104) Cfr en Actes II p 435.

(105) V. Rep. Dalloz, voz Navigation Maritime, p 451.

(106) V. Zagreb p 320.

Años antes, y también en su condición de Rapporteur, - esta vez al II Congreso citado, M. Simon Depitre había observado que la sustitución de la ley del pabellón -- por la de sede no solventaba el problema, en la medida en que se podían dar con frecuencia sedes ficticias; -- en opinión de la profesora francesa, la cuestión rebasaba el área del conflicto de leyes, siendo necesario un avance en las legislaciones de los diferentes países, constituyendo un ejemplo importante la Seemansordnung alemana, en su artículo 10, en el que, expresamente, se prohibía a los armadores imponer obligaciones supletorias a los trabajadores tras una transferencia de pabellón (107).

Volviendo a la Resolución del I.D.I., hay que señalar que, tal vez debido a la dificultad de fijar la sede efectiva (de referencia al pabellón de complacencia dijo el belga V. Hecke que "la question est trop complexe pour etre ainsi traité, en un tourne--main"), el propio Szaszy abandonó la referencia al problema en su Proyecto Definitivo. El profesor Mosconi ha criticado que, mediante este "exceso de prudencia", el I.D.I. perdiera la ocasión de tomar posiciones en relación a uno de los temas más espinosos ligados a estos pabellones: la propia disciplina de trabajo del personal navegante (108). Teniendo en cuenta, sin em-

(107) Cfr. Actes II, 367.

(108) Cfr. Mosconi, op cit pg 201 y s.

bargo, que el Instituto no parecía en esas fechas estar de acuerdo sobre la problemática de la sede (piénsese, por ejemplo, que el intento de introducir la noción de "centro de actividad", con respecto al propio art. 4, suscitó una polémica que, en votación, dividió casi en gala las opiniones) (109), tal vez fuera mejor la solución adoptada, habida cuenta, sobre todo, que la adscripción a la ley del pabellón se flexibilizaba en gran medida al supeditarse a la autonomía de voluntad.

A nivel no ya de elección de conexiones, sino de uso de correctivos funcionales, el profesor Szaszy asegura en una de sus obras más recientes que, en definitiva, el problema de los pabellones de complacencia: "is not too serious, for in the event of a fraudulent evasion of law, the public policy doctrine affords adequate protection" (110). Se podría desear que, como en este caso, el maestro húngaro recurriese a la Teoría General del D.I.P. para solventar algunos de los problemas sobre los que él mismo reclama atención.

Si hasta ahora se ha hablado de intentos de solución a escala doctrinal y estatal, exclusivamente, es necesaria en este punto una reflexión, siquiera

(109) V. Zagreb 11, 310 y ss.

(110) V. Conflicts of laws, cit, p 134. subrayado propio.

breve, sobre la incidencia del problema a nivel de instrumentos internacionales. Se puede recordar así el artículo 5 de la Convención sobre el Alta Mar de 28 de abril de 1958 que, tras la propuesta del profesor Gidel, quedó establecido, en parte, como sigue:

"Il doit exister un lien substantiel entre l'Etat et le navire; l'Etat doit notamment exercer effectivement la juridiction et son controle dans les domaines techniques, administratif et social sur les navires battant son pavillon" (111).

Las obligaciones mencionadas en este artículo fueron recogidas, semanas más tarde, en la 41 sesión de la O.I.T., en la Recomendación 108 relativa a las condiciones sociales y a la seguridad de los marinos con vistas a la matriculación del navio: seguridad, servicios de inspección, condiciones de servicio, etc. (112).

El tema que también ha sido tratado por la O.C.D.E. (113), ha seguido preocupando a aquella, plasmándose, por ejemplo, en una Resolución adoptada por la Comisión Paritaria Marítima (21 reunión) el 12

(111) V. Pinto, Les Pavillons de Complaisance en J., -- Clunet 1960, p 353; también M. Akehurt, Introducción al D. Internacional, Alianza Universidad, p 209. También: M. Díez de Velasco, Instituciones de D. Internacional Público, T. I, Madrid, Tecnos, 3ª edit, p 304 y s.

(112) V. Informe cit en nota 94, p 21.

(113) Ib p 36 y ss.

de diciembre de 1972, "sobre los navios en que prevalecen condiciones inferiores a las mínimas, especialmente los registrados bajo banderas de conveniencia" (114). Y, en fecha reciente (13 de oct. de 1976) en un Proyecto de Convenio sobre las normas mínimas en la marina mercante, adoptado en Ginebra por la Conferencia General en su 62 Reunión (Marítima) (114a).

Concluye ahora el tratamiento de estos paellones (y el presente apartado), con una exposición y comentario de cierta práctica italiana al respecto. -- Antes, sin embargo, unos pocos datos.

Las leyes italianas referentes al contrato de trabajo marítimo de sus nacionales en naves extranjeras sólo establecen controles preliminares en fase de enrolamiento, y varias posibilidades de seguros facultativos. Los contratos colectivos sin eficacia -- "erga omnes", no se aplican a los empresarios extranjeros no inscritos en los sindicatos italianos, salvo el respeto a los mínimos retributivos según el artículo 35 de la Constitución. El artículo 9 del Código de la Navegación, por otra parte, autoriza, en caso de navíos extranjeros, a que las partes elijan la ley apli-

(114) Ib. 63 y ss.

(114a) CER en O.I.T., Informe V (2), Conf. Int. del Trabajo, (62 Reunión), 1976: Navíos en que prevalecen condiciones inferiores a las mínimas ..., - Ginebra, 1976, p 45 ss, Convenio ratificado por España el 28-4-78.

cable al contrato (115).

Teniendo en cuenta lo anterior, y según Panebianco, es importante destacar como la práctica de los contratos-tipo orienta la voluntad de las partes hacia la derogación de la ley de bandera en favor de la legislación de trabajo italiana. De esta manera, -- los sindicatos italianos contratantes y los empresarios extranjeros acuerdan un tratamiento globalmente no inferior al que rige en Italia. Y ello en razón de la -- desconfianza hacia las leyes de determinados estados, -- cuyos pabellones se tachan de complacencia ("bandiera ombra" en italiano).

Para este autor, además, esta práctica es tá favorecida por el hecho de las necesarias escalas -- de naves extranjeras en algunos puertos italianos, con ocasión, sobre todo, del enrolamiento de las tripula-- ciones. Se producen así dos condiciones favorables. -- Por una parte, la continuidad de ocupación de los mari-- nos italianos con respecto a los empresarios extranje-- ros, que son siempre los mismos ... Por otra se refuer-- za la posición contractual de los marineros italianos, representada por sus sindicatos a la hora de negociar.

De lo anterior concluye Panebianco que no

(115) Cfr en Panebianco, op cit, p 214 y s; también -- supra, Parte I, Capit II, Secc II.

es de extrañar que los navieros extranjeros sustitu---
yan, o hagan coexistir, en sus compromisos, las leyes
propias con la italiana. Así se ha hecho, refiriéndose
expresamente al Contrato Colectivo Nacional italiano -
de Trabajo para las tripulaciones de Naves de Pasaje,-
además de a las normas de S.S. marítima y previsión, -
en el contrato entre la Federación Italiana de Trabaja
dores del Mar y la "Fairwind Shipping Co" (1-6-1972,
art. 3-6) y la "Home Lines Inc" (9-2-1970, arts. 3, --
15, 16). Otro acuerdo análogo se registró entre la ci-
tada Federación italiana y la Agencia marítima italia-
na de un grupo de empresas (5 panameñas y 7 liberia---
nas) representados en Trieste, puerto de escala. El --
contrato individual de trabajo corresponde "in toto" -
al convenio colectivo (116).

No cuesta trabajo dar por buena esta solu-
ción que, en términos acertados y realistas, verifica
la práctica italiana. Por otra parte, y centrándose de
nuevo en el presente estudio, parecen confirmarse aquí
dos hipótesis, planteadas una escasas páginas atrás, -
y otra en el mismo inicio de esta Segunda Parte. Aque-
lla se refería a la utilidad de mantener la autonomía
de voluntad, sobre conexiones rígidas, por importantes
que fuesen; ésta coloca en sus justos términos la o---
rientación según la cual el contrato de trabajo es un

mero contrato de adhesión, olvidándose la referencia - a la voluntad de las partes. Queda bien clara, y a par tir de este ejemplo italiano, la escasa relevancia --- que, en buena teoría de Derecho Internacional Privado, tiene una tal calificación. De mantenerse, sin embar-- go, su única traducción práctica sería alertar al Juez ante hipotéticas situaciones claudicantes ... Esta a-- lerta, sin embargo, se puede pregonar generalmente del Juez en materias laborales.

El problema de los pabellones de compla-- cencia, tal y como se ha visto enfocar últimamente por la práctica italiana, da cabal medida de la importan-- cia que, en grado progresivo, tiene la acción sindical a escala de las relaciones laborales internacionales, - si rodeada de un marco jurídico conveniente (117). Se volverá sobre ello en el próximo, y último, apartado.

(117) V. en el mismo sentido, A. Reboul, op cit, pág. 152.

APARTADO II. GRUPOS DE EMPRESAS.

El enfoque que se propone ahora para el tratamiento del tema de los Grupos de Sociedades recoge, en lo esencial, el mantenido en el apartado previo, transportes internacionales. Así pues, y siempre en el marco de la Teoría General, esbozada en sus líneas maestras en el presente trabajo, se intentan resaltar aquellos matices específicos que pueden propiciar una visión, siquiera fragmentaria, de la incidencia sobre el contrato laboral internacional de su vinculación a uno de los citados Grupos (118).

Con alguna reflexión sobre el concepto de empresario da comienzo, precisamente, el presente estudio. Antes, sin embargo, plantear la idea de grupos de sociedades que se sugiere aquí. Así, y con el profesor Knapp, se consideran grupos: "les entités composées de plusieurs sociétés juridiquement indépendantes, groupées dans une organisation commune et fonctionnant dans un intérêt unique sous une direction commune" (119). -- De este modo, la noción de grupo parece superar los --

(118) Hay Tesis Doctoral en preparación sobre la protección de los trabajadores en las empresas multinacionales a cargo de la Prof. Ayudante de la Complutense, Ilda María Luisa Montoria Gaya.

(119) V. Groupes, p 149 y s.

problemas terminológicos sobre el otro vocablo más extendido en la actualidad: empresas multinacionales. Sabido es que se procede hoy en día, en efecto, a distinguir entre varios tipos (multinacionales, transnacionales, supranacionales ...); ésta posible dificultad se obvia al aceptar una noción amplia como la avanzada líneas atrás. En este punto, sin embargo, cabe preguntarse si la idea de grupo, amén de plasmación doctrinal, alcanza alguna relevancia en otros órdenes. Procede -- respuesta afirmativa, tanto en países como Alemania y Holanda, donde, habiéndose aceptado la noción en Derecho de Sociedades, se sacan consecuencias en el ámbito social, principalmente a nivel de participación de los trabajadores, como en los que, sin haberse elaborado a nivel societario, admiten sus efectos sobre el contrato de trabajo, articulándose la respuesta tanto a nivel legislativo (Contracts of Employment Act 1972, Redundancy Payments Act, 1965, Reino Unido) como jurisprudencial (Italia, Bélgica, Francia) (120).

Llama la atención, por otra parte, la escasez de normas sobre unas realidades de importancia tan grande en la hora actual como la existencia y, -- principalmente, la actuación a todos los niveles, de estos grupos de sociedades. Más adelante se volverá sobre el particular.

(120) Cfr., lb, 150.

De la definición que se ha avanzado no ha mucho se puede extraer, como llamada ciertamente de interés, la existencia de un poder de dirección común. -- Este poder de dirección, básico como se sabe en Dere-- cho del Trabajo, se unirá, en el caso de trabajadores empleados por la filial, al propio de esta última, pro-- duciéndose así una duplicidad de poderes con respecto a la misma relación de trabajo.

Aparte de la nota anterior, de la que se pueden derivar consecuencias en el ámbito internacio-- nal con respecto a actos concretos, vgr despidos, trans-- ferencias, etc, conviene destacar, como más importante, la circunstancia de que el poder de dirección y, sobre todo, la unidad de intereses, propicia el que se dé un tratamiento único a las relaciones de trabajo desarro-- lladas en el seno del grupo; así al computar la anti-- güedad a efectos de indemnización por despido, etc. -- Los problemas que se plantean, pues, son de dos orde-- nes: conocer, en todo caso, quien toma las decisiones que pueden incidir sobre relación de trabajo; averi-- -- guar si existe el grupo entre diversas empresas en las que se ha ido desarrollando esa relación a fin de dar-- -- le tratamiento global.

El maestro Kahn-Freund que destaca en Za-- greb como el hecho de la existencia de estos grupos ha puesto en evidencia la distinción empresa (Unterprise-- Betrieb)- establecimiento (Plant, Niederlassung), --

llama la atención, también, sobre el alcance en interés que, en este ámbito laboral, tiene la práctica conocida por "lifting the veil of incorporation", o, en otras palabras, descubrir al empresario real (121). Para ello, el francés Lyon-Caen defiende la necesidad de utilizar criterios económicos, salvando el aspecto formal que pudiera tener la existencia de contratos sucesivos. No cabe duda, sin embargo, que el problema es - de los más espinosos con los que se enfrentan actualmente la doctrina y práctica jurídicas. Piénsese, por ejemplo, en los casos de fusiones parciales de empresas o, como en el grupo Unilever, en que haya dos sociedades dominantes ... (122).

El I.D.I., en su reciente reunión de Oslo (1977), ha estudiado monográficamente el tema de las multinacionales. Así, por ejemplo, se puede leer en el artículo 1 del Proyecto de Resolución ad hoc:

1.

1. Les entreprises formées d'un centre de decision localisé dans un pays et de centres de profit, dotés ou non de personnalité juridique propre, situés dans un ou plusieurs autres pays, devraient être considérées comme constituant, en droit, des entreprises -- multinationales.

(121) Cfr Zagreb II, 303; Groupes p 199.

(122) v. Europeen, p 105 y s.

2. Il est souhaitable que soit progressivement élaboré un régime juridique propre aux entreprises ainsi définies, que pourrait contribuer à la solution des problèmes politiques, économiques et sociaux qu'elles font naître" (123).

Hay que precisar, sin embargo, que el Instituto no ha entrado en la problemática laboral, al haberse aceptado por la Comisión encargada, una propuesta del Rapporteur (Goldman) que, enmarcada en su cuestionario anejo al "Exposé Preliminaire" decía:

32. "Convient-il de limiter la recherche aux contrats entre les entreprises multinationales et d'autres entreprises, portant sur des opérations économiquement internationales, à l'exclusion ...

c) des contrats individuels ou des conventions collectives de travail?" (124).

La Jurisprudencia, por otra parte, y al menos en materia laboral, parece huir de las sutilezas del Derecho de Sociedades, en favor de la búsqueda de un nexo de intereses etc. A tal efecto se puede citar, entre otros, las sentencias de la Cour de Cassation -- Francesa de 24 de Mayo de 1969 y 13 de Mayo de 1969, -- en las que se admitía la titularidad empresarial conjunta de una sociedad dominante italiana y su filial --

(123) V. Annuaire de l'IDJ, v. 57, tomo 1, p 303.

(124) Ib p 294 y s.

Francesa (125).

De instancias próximas a los grupos de em-
presas se alzan voces contra esta tendencia de los tri-
bunales, sobre todo en el nivel de los actos de direc-
ción, al decirse, por ejemplo, que, incluso en un gru-
po, no es siempre el presidente director general el --
que toma todas las decisiones, o incluso la sociedad --
dominante. Para cada decisión es preciso ver qué ins-
tancia es competente. Puede que sea una sociedad domi-
nante o dependiente. Hay intermediarios que no se de-
ben olvidar (126). A esto opone el profesor Lyon-Caen
que, en todo caso, la estructura federal de los grupos
no debe repercutir en perjuicio de los trabajadores:
"... il faudra donc que les groupes se résolvent a re-
veler cette organisation des competences. Car on ne --
peut pas faire des greves de quinze jours pour savoir
quel est le bureau competent qui doit servir d'interlo-
cuteur ..." (127).

Centrándose ya en la temática del D.I.P.,
el problema que se sugiere de todo lo anterior es ave-
riguar en base a qué ley se debe decidir sobre la exis-
tencia o no del grupo. Al respecto, el profesor Kahn-
Freund sugiere tres posibles soluciones: la lex socie-
tatis matris-ley que gobierna la compañía dominante --

(125) V. Europeen, 106, nota 2.

(126) Groupes, 222 y s.

(127) Ib.

(ley de incorporación o de sede social efectiva); la ley de la filial y, la que él propugna, la ley que gobierna la relación de trabajo. En esta última coincide con su colega suizo Knapp (128).

Para el profesor Lyon-Caen, en cambio, el problema no es ya de ámbito de ley aplicable, sino, en todo caso, uno clásico de calificación:

"... la notion de groupe (admise ici-ici-
norée la) varie d'un pays á un autre. A notre avis, --
-mais la question est encore mal isolée- on évitera --
difficilement que le juge n'applique sa propre loi --
(loi du for) a cette recherche de l'employeur. Car --
c'est du resultat qu'elle permettra d'attendre que la
loi applicable a la relation de travail pourra depen--
dre. On peut donc comparer cette question preliminaire
a une question de qualification" (129).

El discutible uso de la calificación ("fo-
ri" en todo caso) se puede entender en este autor, co-
mo un medio de explicar la práctica judicial francesa;
así, en sus propias palabras: "A vrai dire l'existence
ou l'absence d'une legislation sur les groupes ne sera
pas decisive; car même en l'absence de loi commercia--
le, la jurisprudence a dégagé déjà, au moins en France,

(128) Ib. p 199 y s.

(129) V. Européen, 100 y s.

une réalité de groupe particulière au Droit du travail" (130).

Menos forzado, en definitiva, parece el tratamiento del problema en el ámbito de la ley aplicable al fondo, como se ha expuesto anteriormente.

En el caso en que sea admitida la existencia del grupo, el juez procederá, según Knapp, a indagar sobre el empresario real, que puede ser, tanto otra sociedad filial del grupo, como la dominante (131). Siguiendo al mismo autor, por otra parte, si la ley -- aplicable al fondo desconoce la noción de grupo y, por consiguiente, la necesidad de determinar el empresario real, el juez se atenderá, sin más, a considerar empresario al aparente, ignorando cualquier petición basada en la posible existencia de un grupo (132). Lo insatisfactorio de esta última solución y, sobre todo, si el ordenamiento del foro sí toma en consideración la existencia del grupo, salvando en todo caso el posible uso de los correctivos funcionales, resalta, una vez más, -- como el carácter del D.I.P. de Derecho sobre Derecho, -- le vincula necesariamente a la respuesta que den las -- leyes internas. Así pues, y mientras éstas no recojan jurídicamente la realidad económica de los grupos, no

(130) Ib. Cfr., A. Lyon-Caen, op. cit, pp. 297 y ss.

(131) V. Groupes, 157 y s.

(132) Ib.

cabe esperar que el D.I.P., obvie, por así decirlo, -- todos los problemas. Como gráficamente dirá el profesor Loussouarn: "Donnez au groupe une personnalité morale et nous aurons immédiatement la solution en Droit International Privé (133).

Antes de pasar al estudio de algunos temas muy directamente vinculados con los grupos de sociedades conviene recordar, y a modo de reflexión general, que, en la medida que aquellos suelen contratar "sur place" a la mayoría de sus asalariados, iniciándose y culminando la relación de trabajo sin trascender las fronteras, los problemas puramente internacionalistas se reducen a un corto número de asalariados, "cuadros" para algunos, "móviles" según se prefiera aquí. Habiendo emplazado el tema en sus justos términos, se trata, a continuación, uno de sus puntos más importantes: las transferencias.

Una distinción se impone antes de reflexionar sobre el tema de la transferencia internacional: el cambio meramente temporal del lugar de trabajo no debe ser considerado transferencia. Se trata, en ese caso, de un "detachement". (trasferte en Italia), sin mayor repercusión en la ley aplicable al fondo del contrato. Para la doctrina francesa, en cambio, la "muta-

(133) V. Groupes, 247 y s.

tion", o el "transfert" international, implica que un asalariado, tras invitación de un empresario, abandona su puesto de trabajo para pasar al servicio de otro empresario (de una filial) que le ingresa en plantilla... Esta operación unida, que no es un despido seguido de un nuevo contrato, presupone el acuerdo del interesado (134).

Con respecto a los problemas que, como fá-
cilmente se intuye, pueden desprenderse de esta prácti
ca, el profesor Knapp encuentra un argumento en favor
de la autonomía de voluntad:

"Il nous parait que, dans les groupes de
societes, il est necessaire d'admettre que les parties
puissent choisir le droit applicable. C'est meme pro-
bablement la methode que implique le plus de securité
juridique. En effet, si un droit est choisi, il sera -
appliqué partout ou le travailleur ira, sous reserve -
que ce droit ne soit pas en conflit avec le droit pu-
blic ni avec le droit privé local imperatif plus favo-
rable aux travailleurs. Dans ces limites, le droit --
choisi fixera les obligations et les droits des par-
ties ... " (135).

En el caso que no se haya previsto la si-
tuación en el contrato original, opina este autor que

(134) V. Lyon-Caen en R.C. 1970, p 110 y nota 1.

(135) V. Groupes p 168 y s.

el Juez debe indagar sobre el empresario real, antes - y después del cambio, para calificar la operación de - transferencia (que al ser, por así decirlo, una exten- sión del contrato original conserva su ley) o de nuevo contrato de trabajo. La ley aplicable a este último, - por otra parte, y si se tiene en cuenta la existencia del grupo, puede, en su opinión, obligar al nuevo em- presario a mantener los derechos adquiridos en virtud de servicios verificados en el seno del grupo (136).

La licitud de la transferencia, en todo - caso, y en la medida que es comúnmente aceptada como - modificación importante de las condiciones de trabajo, debe ser considerada con vistas a la ley aplicable a - la relación de trabajo antes de la propia decisión de transferencia, concluye el autor suizo (137).

Con respecto a dos recientes sentencias - de la Cour de Cassation Francesa, 23 oct. /4, 4 feb. - /5 (138), Lyon-Caen llama la atención sobre lo que pu- diera denominarse "penuria legal" con respecto a la -- problemática de los grupos, al evidenciar el uso análo- go que los tribunales de su país han de hacer para es- tos supuestos de transferencias, del artículo 122-12 c

(136) V. Ib y C. O.I.T. Social and labour practices of some European-based multinationals in the metal trades, Ginebra, 1970, p 72 y s.

(137) Ib.

(138) V. respect. R.C. 1970, pp 67 y ss, 108 y s.

de Travail, que prevee en realidad transferencias por venta o fusión de empresas que, obviamente, no responden al supuesto que aquí se trata (139). Las consecuencias confusas que, de esta práctica de los tribunales, resultan, mueven al profesor francés a preguntarse: -- "Comment veut-on que le droit international s'y retrouve, lorsque la loi interne est equivoque?" (140).

La doctrina y práctica, en Italia, parecen marchar estrechamente vinculadas. Así, si se defiende que un caso de cambio temporal (trasferta), deja inalterado el nexo contractual entre los asalariados y sus empresas, éstas recogen, por su parte, en sus "condiciones generales", la situación, estableciéndose, por ejemplo, en las Condiciones Generales Fiat -- que "gli incarichi affidati durante il periodo di permanenza temporanea all'estero, non comportano variazione alcuna alla posizione d'inquadramento e di trattamento retributivo normale del dipendente, ne modificano le condizioni generali contrattuali che regolano la sua prestazione d'opera presso L'Azienda (art. 2)" -- (141).

Igual ocurre en caso de transferencia -- (trasferimento). De darse ésta, y según la doctrina, -- se crea una relación contractual duplicada, ora con la

(139) V. European, 108 y s.

(140) *Ib.*

(141) V. Panebianco, *op cit*, p 211.

empresa italiana de origen que permanece "en reposo", ora con la empresa extranjera agrupada, y en activo -- según la duración del "trasferimento"; eso conlleva -- que la ley aplicable al primer contrato concuerda globalmente con la aplicación al segundo y la condicione, en la medida que, según el artículo 1406 de CC italiano, el empresario no puede liberarse por haberse realizado una cesión de contrato y ser, ex hipotesi, regulada esta última por la ley extranjera del lugar de ejecución (142). En las Condiciones Generales ENI, y tras establecerse que el dependiente debe suscribir un contrato análogo con la sociedad extranjera, se afirma -- que, en todo caso, "conservado inalterato il valore -- globale del trattamento normativo ed economico e tenendo presente che la società italiana di appartenenze è comunque impegnata al rispetto del trattamento previsto del contratto tipo" (art. 2). Completándose la anterior en el artículo 27 del siguiente modo: "le società del gruppo ENI sono impegnati a mantenere in favore -- del personale italiano temporaneamente occupato all'estero una tutela assicurativa-previdenziale, corrispondente a quella garantita dalla legislazione italiana -- nei confronti, dei lavoratori in servizio in Italia" -- (143).

Del modo que se presentan estos contratos

(142) Ib.

(143) Ib.

tipos italianos, refrendados. en todo caso, por el Ministerio del Trabajo de ese país, no parece difícil admitir su idoneidad para regir estas situaciones (144).

Otra de las cuestiones que se presenta -- con significación propia en este sector de los grupos de sociedades es el pago del salario. Al respecto, el profesor Knapp destaca la práctica, usual en el medio, de pagar por partes en moneda local del lugar de ejecución y en moneda extranjera en un lugar situado fuera de aquel. De ella deduce este autor dos consideraciones: por una parte, una indicación respecto a la ley aplicable al contrato de trabajo, ya que la elección de la moneda y el lugar de pago equivaldría a la del lugar de prestación del trabajo: por otra, los posibles enfrentamientos con las leyes de cambio de aquel lugar. El hecho de un pago, siquiera parcial, en moneda extranjera, puede orientar al juez en la pista del empresario real (145).

Aparte del problema de la ley aplicable a las cláusulas de no-concurrencia, en el que se basó el tratamiento que de ellas se hizo páginas atrás (146), se sugieren ahora, con respecto a los grupos, unos ma-

(144) V. específicamente, sobre la transferencia del personal superior, O.I.T., Multinationals in Western Europe: the Industrial Relations Experience. Ginebra, 1970, p 37 y s.

(145) Groupes, p 170; V. además, del salario en general: O.I.T., Salaires et conditions de travail dans les entreprises multinationales. Ginebra, 1976.

(146) Vid. esta Secc., ap. I.

tices que pueden ser de interés. Así, por ejemplo, el ámbito de la protección que otorgan pueden depender -- de que se haya hecho referencia expresa a una sola filial del grupo, o a todo él, o si éste tiene o no una actividad homogénea ... (147). La referencia más importante, sin embargo, trasciende de lo jurídico para -- presentarse en puros términos de poder. Se explica lo anterior a través de la legislación belga ad hoc.

En los términos recogidos por el profesor Gutt, la ley belga del 30 de junio de 1963 acordaba a estas cláusulas el siguiente tratamiento: el salario -- debe ser mayor de 120.000 francos belgas (aumentándose luego a 150.000 por la ley de 21 de nov. de 1969), deben constar por escrito, solamente cubren actividades similares, están limitadas a 12 meses y al territorio donde operó el empleado y, finalmente, el contrato debe haberse rescindido, ya sea por el empresario por in cumplimiento grave del empleado o, por este último, -- sin incumplimiento grave por parte del empresario. Nótese sobre todo, el específico carácter territorial de la cláusula (148).

(147) V. Groupes, p. 173.

(148) V. Commercial Agency cit, p. 15.

Por ley de 21 de noviembre de 1970 se eliminó esa limitación territorial en favor de las compañías que tienen un departamento de investigación o un mercado internacional; ahora la cláusula puede cubrir el mundo entero. De ello deriva un miembro de la Sección Legal de la Comisión C.E.E., J. P. Dubois, una manipulación al respecto por parte de los grupos de sociedades ... (149).

La influencia del grupo sobre el despido individual, otro tema a destacar, repercute, principalmente, a efectos de fijar el plazo de preaviso y el -- montante de indemnización. De ahí que, siguiendo los -- criterios fijados hasta ahora, haya de indagar sobre -- la existencia del grupo para considerar todas las prestaciones de trabajo en el mismo como de tracto único, etc (150).

Una sugerencia interesante sobre el despido individual es la que hace el profesor Knapp sobre -- los casos en que una sociedad miembro del grupo procede al despido alegando ausencia de puestos de trabajo; se pregunta este autor si es posible una tal alegación, en tanto que el grupo tenga puestos de trabajo vacantes en otras empresas. ¿No habrá, entonces, obligación

(149) V. Dubois, Multinational Enterprises and Collective Bargaining, C.M.L.R., 1974, p 154.

(150) V. Groupes, 173 y ss.

de transferir? ... tal ha sido el criterio de la Cour d'Appel de Dakar en sentencia de 29 de abril de 1969 - (151), y de la ley francesa nº 73-680, de 13 de julio de 1973, que se resume a continuación: (artículo L-122-14-8 C. trav.).

Caso de despido por la filial extranjera, obliga a la sociedad madre francesa a repatriar al asalariado y a procurarle un nuevo empleo "compatible con sus funciones precedentes". De este modo, según Lyon-Caen, este despido es inoponible por la sociedad madre y el antiguo contrato de trabajo, anterior al "détachement" (sic), revive.

El despido por la sociedad madre puede intervenir en un segundo periodo; se rige entonces por la ley francesa de despidos, en razón a que el empresario real es, precisamente, esa sociedad madre francesa.

Por otra parte, el mismo artículo consagra la conservación de la antigüedad adquirida en la filial (para preaviso e indemnización); ello supone, necesariamente, la unidad del contrato de trabajo en el seno del grupo (152).

(151) Ib., p 175-76 y nota 59.

(152) V. European, p 107. También, del mismo autor: Observations sur le licenciement dans les groupes int. des sociétés, en R.C., 1974, pp. 439 y ss.- Asimismo, Ley Francesa nº 77-507 de 6-5-77 sobre despido de marinos, R.C., 1977, p. 605.

Con esta disposición material de D.I.P. -- la Ley Francesa se orienta en el sentido que líneas -- atrás se ha propugnado (153).

Como en el tema anterior, cláusulas de no concurrencia, el despido colectivo sugiere unas reflexiones que, trascendiendo de lo estrictamente jurídico no parecen carecer de interés a los fines de este trabajo (154).

Siguiendo a Dubois, se puede decir que es los despidos se organizan a nivel internacional por -- los grupos, debiéndose a cambios en las políticas de -- producción o nuevas fusiones encaminadas a maximizar -- los beneficios a nivel internacional. Los trabajadores de la compañía subsidiaria están completamente incapacitados para obtener compensación, ya que la dirección de la subsidiaria en la que tienen lugar los despidos siempre contesta que las instrucciones se reciben de -- las "head office" extranjeros, sobre ~~la~~ los ~~cuales~~ los ~~sindi~~ catos del país de la subsidiaria no tienen medios de -- presión. Este autor cita como ejemplos: la empresa -- AZKO, en los inicios del 1972; Glaverbel, como resulta do del "take-over" de la compañía por BSN en 1972; con Burroughs-France, en julio de 1971; Ford en ese mismo año; resena, también lo notorio del caso en la fusión

(153) V., sobre el despido, en general, Social and labour practices cit, pg 65.

(154) V. aspectos conflictuales en Groupes, p 152 y s.

Pirelli: en septiembre de 1971 Pirelli "requirió" a -- parte de su personal (15.000 empleados) a renunciar a su empleo como resultado de la recesión en la venta de neumáticos, etc, consecuencia de la caída en el mercado de vehículos. Pero al mismo tiempo se planeaba una factoría de 4.000 empleados para ser establecida en -- Suiza por Dunlop-Pirelli, debiendo traer esos emplea-- dos de Italia y, por consiguiente, fuera de la protec-- ción sindical de ese país (155).

Poniéndola como ejemplo de la actuación -- de los grupos con respecto a trabajadores y Estados, -- Dubois resume así la implantación de Ford en España:

"One can see how Ford, in a single nego-- tiation, "(impose)" upon a country a change in its law (autorización a las empresas extranjeras para importar hasta el 50% del valor final del producto, contra el -- 10% anterior) in its favour, maximizes its profit by -- refusing to invest in a country where "(social Peace)" is not ensured (U.K.), invest in a country where la-- bour is both skilled and cheap (Spain), and may still benefit, indirectly and within certain limits (in par-- ticular because of the rules of origin), from deduc--- tions in the Common Customs tariff negotiated between Spain and the E.E.C." (150).

(155) V. Dubois, op. cit, p. 145.

(150) Ib.

La gravedad de los problemas causado por estos despidos colectivos, en definitiva, ha sido percibida por la C.E.E. en una proposición de Directiva - del Consejo sobre acercamiento de las legislaciones de los estados miembros, establecida por la Comisión el 8 de noviembre de 1972 (157).

El afán de trazar, aun a grandes líneas, - un cuadro lo mas ajustado posible de la problemática - de los grupos en la esfera laboral internacional, impulsa a tomar en consideración datos como los de párrafos anteriores. Si ello es cierto en el ámbito del contrato individual, con mucha mayor medida en el colectivo que se estudia a continuación (158).

La posibilidad de la convención colectiva internacional ha sido, como se verá, aceptada desde hace tiempo por la doctrina. En tal sentido se manifestaba, por ejemplo, el belga, V. Hecke, en los trabajos --

-
- (157) V. Revue du Marche Commun, 1974, p 111 y ss. Vid tambien, B.A. Hepple, Community measures for the Protection of workers against dismissal, en CMLR 1977, p. 489 y ss. V. tambien, M.S. Ann Bartlett, Employees rights in Mergers and takeovers-EEC Proposals and the American Approach; ICLQ, 1976, p. 621 y ss.
- (158) En general, y por todo lo que se lleva dicho V., además de las monografías de la O.I.T. ya citadas: su Declaración tripartita de principios sobre las empresas multinacionales, Ginebra, 1977; tambien: Las Empresas Mult. y la Política Social,

previos a la Resolución de Zagreb (159).

La convención colectiva de grupo, arquetipo de convención internacional, concebida como objeto de D.I.P., no presenta, por otra parte, grandes diferencias en cuanto a su tratamiento, del simple contrato individual. Es cierto, sí, que se pueden presentar problemas de capacidad en un grado mayor que en aquel. Así, el suizo Knapp resalta las dificultades a la hora del reconocimiento de la calidad negociadora de los -- sindicatos, del mismo grupo, en el que tal vez no haya una capacidad jurídica reconocida ... etc (160). Sal-- vadas estas consideraciones, inherentes por otra parte a la inmadurez a estos niveles del marco jurídico gene-- ral (161), lo cierto es que existe un raro consenso en cuanto a la fijación del criterio por el que deben re-- girse, a efectos internacionales, estas convenciones: la autonomía de la voluntad. Las partes al convenio fi-- jarán la ley que lo habrá de regir y, en todo caso, y en defecto de remisión expresa, se utilizan los méto-- dos supletorios comunes: Proper Law, Indices de locali--

Ginebra, 1975; D. Civil Internacional, p 220 y -- ss; Commission Droit et vie des affaires, Les -- Groupes de Societes, Nijhoff, 1973; Francesca-- kis: Lois d'application immediate, cit, p. 291 y ss; L'entreprise multinat. cit, en nota 130, pp. 209-324.

(159) V. Zagreb, 433, 509.

(160) V. Groupes, p 177.

(161) V. Europeen, 121.

zación, etc. Es la postura, por ejemplo, de V. Hecke, Knapp, Kahn-Freund, Zöllner, Lyon-Caen ... (162). No cabe duda que influyen aquí, por una parte, consideraciones sobre la (ciertamente hipotética) igualdad de las partes, (sindicatos internacionales-grupo, obviándose el problema del posible abuso de posición dominante; por otra, y no menos importante, la falta de vinculación a un Estado en particular, que propicia, como se sabe, la orientación territorialista.

Sin mayores problemas teóricos, al menos en cuanto al D.I.P. respecta, falta saber ahora si la posibilidad de convención de grupo queda simplemente en eso, mera posibilidad, o tiene, por el contrario, transcendencia práctica.

Llegando a este punto, se suelen citar como ejemplos las Convenciones de General Motors y Chrysler con los Sindicatos americanos y canadienses (163). Como tales, las anteriores son casi las únicas convenciones de grupo que se dan en la actualidad. Lejos de minimizar la cuestión, sin embargo, los autores sugieren una indagación al respecto que se hará aquí, principalmente, centrada en el ámbito europeo.

(162) V. respect; nota 159, Groupes 178, 202, 220; -- Europeen, 366.

(163) V. Europeen, 121; también, Bargaining without boundaries, ed Flanagan and Weber, University of Chicago Press, 1974, 110 y ss.

La llamada "Convención Colectiva Europea" ha sido objeto de numerosos estudios, principalmente debidos a autores franceses (104). Los convenios colectivos surgidos al mor de las Convenciones de S.S. de los bateleros renanos (Anvers 9 abril 58, Strasbourg 3 de diciembre de 1959), así como las propias Convenciones han influido notablemente en ese esfuerzo doctrinal. Por ejemplo, y refiriéndose a la Convención de 27 de julio de 1950, Lyon-Caen, dice que, si bien en la forma es un tratado internacional, por su contenido: "Il s'agit bien d'une convention collective de prevoyance, appelée a regir une profession a rayonnement international ..." (105). No hay que olvidar tampoco, -- por su significación, los acuerdos de 6 de junio de 1968 y 10 de mayo de 1971, sobre la armonización de horas de trabajo en Agricultura y Ganadería (106).

A raíz de la propuesta sobre la llamada "Sociedad Anónima Europea", presentada por la Comisión al Consejo el 30-6-70, el tema de los convenios adquirió gran impulso. En la 4ª Sección del Título 7 de la nueva proposición con fecha 13-5-75 se trata, especia-

(104) V. los citados en European 304, nota 1.

(105) V. Les Conventions Collectives ... etc en J. Clu-
net, 1964, p. 201.

(106) V. O.I.T., International principles and guidelines on social policy for multinational enterprises: their ascuitness and feasibility, Ginebra, 1970, p. 15.

camente, del tema de las convenciones colectivas en el seno de estas "S.A." (167). El gobierno de la R.F.A., por su parte, había enviado ya a la reunión en la cumbre de París de 19 de octubre de 1972, un "draft" para la introducción gradual de los acuerdos colectivos -- transnacionales a nivel de la C.E.E. (168).

Los sindicatos, como era de esperar, no han permanecido ajenos al tema. Piénsese, por ejemplo, en los acuerdos y conversaciones de la Federación Europea de Trabajadores del Metal con las direcciones de: Philips, Fokker-vfw, Continental Can, AEG/Telefunken, Brown Boveri (BBC) ... (169). Su Secretario General, - Günther Köpke se ha manifestado al respecto en los siguientes términos:

"... Wherever the problems of the workers cannot be solved in the traditional framework of single nations, the unions have to look for other and more appropriate ways and means. Despite the fact that we still have remarkable differences in industrial relations between European Countries, the E.M.F. will actively seek to coordinate collective bargaining" (170).

(167) V. European, Supp 4/75, p. 303 y s, Bull C.E.

(168) V. Social and labour practices ... p. 90.

(169) Cfr. en Bargaining V Boundaries ... cit, p. 212 y ss.

(170) Ib. p. 214.

este puede ser un buen método para lograr lo que Lyon-Caen llama "Contre-Pouvoir syndical" (1/1). Los sindicatos, sin embargo, no lo tienen fácil. Véanse, en primer lugar, las actitudes de las partes eventualmente interesadas al respecto.

Los propios Grupos, por razones obvias, - no ocultan su hostilidad hacia las convenciones colectivas de su ámbito.

Metal Box: "we would regard this as undesirable and impractical. It is undesirable since local management cannot be involved in the negotiations. It is impractical because many conditions of employment - reflect local customs and practices. Even in India is not possible to negotiate countrywide";

BLMC: "In our view, this will not occur -- for many years on any subjects";

Puk-Howmet USA: "There are no reasons for any transnational collective bargaining. It is unnecessary, inappropriate and, fortunately, not likely to develop involving US unions and US companies";

Renault-Austria, las convenciones serán: "administratively clumsy, practically unworkable and - socially undesirable ...";

En este oscuro panorama Fiat aparece como

(1/1) V. European, p. 118. También, Dubois, op. cit., passim.

la honrosa excepción: "The Fiat company is in favour - of transnational collective bargaining tending to stan-
dardise the regulations in the metal industries cove--
ring employer-worker relations and their collective as-
pect, provided national bargaining defines their tech-
nical and economic content. This applies especially to
integrated regions such as the European Economic Commu-
nity" (172).

Dentro de la óptica anti-sindical que sue-
len observar, los grupos, en conclusión, utilizan a es-
te nivel tácticas que pueden ser, por ejemplo, simples
"traccasseries" como no reconocer la personalidad jurí-
dica y, por tanto, la capacidad negociadora de los sin-
dicatos (173), o descarnado gangsterismo, en ocasiones,
delatando a la policía a personajes sindicales activos,
lo que acontece alguna vez en dictaduras bananeras y -
no bananeras (174).

Como se puede esperar, las posturas de --
las federaciones empresariales no difieren mucho de --
los grupos:

(172) Cfr. en, Social ad Labour Practices ... p. 91 y
s.

(173) V., Multinationals in W. European cit, p. 3 y ss.
también: Rapport de M. Holtz a la Asamblea Par--
lamentaria del Consejo de Europa (28 ses.); Doc
3762, p. 18, Strasbourg, 1970.

(174) V. Social and labour ... p. 94.

Cámara de Comercio US: "Such procedures - may impose the will of international super-unions on - the governments of both home and host countries";

Empresarios Mexicanos: "Such negotiations would also constitute an attack on the sovereignty of States (The?), national unions and enterprises ..."; -

Alemanes, suizos, suecos, ingleses, cie--rran filas contra esta perniciosa práctica (175).

Con respecto a los Gobiernos, se pueden - trazar posturas que van desde la frialdad (India, Reino Unido), al escepticismo (Italia), al encono (Holanda y Suiza), la ironía, U.S.: "apparently on balance - the multinationals have adapted well to the environments in which they operate", (sin duda referido aquí a Lockheed etc), hasta la defensa, R.F.A., como se ha visto (176).

Los sindicatos finalmente, y como también cabría esperar, propician la posibilidad aunque, por - supuesto, con diversos matices. Así, por ejemplo, para el francés F.O.M., la negociación debe centrarse al nivel regional (Europa); el sueco M.W.U.C., en cambio, - favorece la práctica: "provided these are not contrary to the minimum regulations of Swedish laws and Swedish

(175) Ib. 92-93.

(176) Ib. 95.

wage policy"; para la Federación de Trabajadores en -- los ramos de Electricidad y Metalurgia del estado brasileño de Sao Paulo, en fin: "there must be free collective bargaining in Brasil without referral to the -- courts, and a possibility to strike: It is also impractical as long as international links between trade -- unions require the prior approval of the Ministry of labor" (177).

De los sindicatos frente a los grupos, -- por otra parte, se ha llegado a decir que, hoy por hoy, llevan 15 o 20 años de retraso, debido, principalmente, a su vinculación nacional, lo que sólo les permite, entre otras cosas, jugar a la contra (178). Bien es -- cierto, sin embargo, que algunos, como el guiado por -- el célebre Charles Levinson (ILF), poseen ya los medios adecuados para, por ejemplo, suministrar datos sobre los grupos a los sindicatos miembros que inquietan sobre ello (179). Aparte está, por supuesto, los medios de presión que, aunque limitados, tienen sin duda

(177) Ib. p. 93. V. también, en general, O.I.T.: Social and labour practices of multinational enterprises in the Petroleum Industry, Ginebra, 1977, p. 85 y ss; Id, Social and labour practices of some European-based multinationals in the metal trades, Ginebra, 1977, pp. 144 y ss.

(178) V. Dubois, op. cit, pag. 170.

(179) Ib. p. 148.

los sindicatos. Estas últimas notas, y la capacidad -- del Derecho del Trabajo para superar las estrecheces -- legales: "Il y aura des conventions collectives internationales, avant que la possibilité juridique de convention collective internationale ne soit admise" -- (Lyon-Caen) (180), hacen presagiar, en definitiva, que, salvando los obstáculos, el transnacionalismo se haga sentir aquí, también, inevitablemente. En términos moderados se orienta al respecto, en conclusión, la O.I. T.: " ... All this suggest that a trend towards transnational dealings is gradually taking shape in a number of countries, though the process is slow and is likely to be influenced by a number of different forces" (181).

Esta rápida visión del complejo tema de -- los convenios colectivos internacionales pone en evidencia, una vez mas, la insuficiencia de una aproximación estrictamente vinculada al D.I.P. para enfrentar, con algún éxito, la problemática generada por los grupos de sociedades. Ante el indudable peso específico -- de éstos en la vida laboral internacional, ¿no cabría preguntarse con Lyon-Caen, si, a estos efectos, el --- D.I.P. es mera "arqueología jurídica", decantándose en -- entonces por un tratamiento nuevo a cargo del derecho in

(180) V. Groupes, p. 180.

(181) V. Multinationals in E. Europe, cit, p. 63. V. -- también, en general, Transnational Labour Relations, ed Günter, London MacMillan, 1972.

ternacional Público, principalmente? (182). La objec--
ción mas inmediata a lo anterior no sería sino repetir
el último razonamiento expresado a partir de los Con--
venios Colectivos. Hay un error, pues, en el enfoque --
del profesor galo, éste parece partir de una supuesta
vocación omnicomprensiva del D.I.P., lo que, evidente--
mente, nadie puede defender con seriedad hoy. La grave
dad de lo suscitado requiere, sin embargo, y mas por --
sus evidentes implicaciones que por su formulación, --
una respuesta adecuada que, siguiendo a otro profesor
francés, Yvon Loussouarn, se podría articular del si--
guiente modo:

Puede sorprender, en principio, un acerca
miento al problema de los grupos a partir del método --
conflictual ... La ventaja de una reglamentación mate--
rial internacional sería, por sí, evidente. Hay que --
ser realistas, sin embargo, y comprender que, de cual--
quier modo, una tal reglamentación no tendría mas que
una función limitada. Se pueden avanzar tres hipótesis
principales;

Es concebible, en primer lugar, que cada
estado adopte una reglamentación especial de los gru--
pos internacionales, que sería diferente de los grupos
internos. Pero esa reglamentación no podría aplicarse
más que si la ley de este estado es declarada previa--
mente competente;

(182) V. Groupes, 200.

Se podría, por otra parte, enfrentar la - conclusión de una convención internacional. Pero es ab solutamente inconcebible que todos los Estados del mun do lleguen a unificar su derecho de grupos. Por conse- cuencia, esta reglamentación convencional uniforme no podría adoptarse mas que en un cuadro limitado, regio- nal, que los grupos internacionales sobrepasan a menudo: se vuelve, pues, el problema de la ley aplicable;

Cabe, en fin, imaginar un "derecho espon- táneo": los grupos de sociedades no se someterían a -- ley alguna. Después de todo, hay muchos contratos lla- mados "sin ley". En todo caso, sin embargo, serían pre cisos muchos años para llegar de esta manera a la for mación de un derecho consuetudinario uniforme de los - grupos.

Así pues, y para Loussouarn: " ... Le -- droit international privé classique, procédant par le methode du choix de la loi nationale applicable, a enco- re de beaux jours. Ce n'est pas du tout pour l'aire de l'art pour l'art que les internationalistes ont adopté cette methode, c'est au contraire l'expresion du rea- lisme le plus parfait" (103).

En definitiva, y mientras alguien acuda - en demanda de justicia ante los tribunales en asuntos

(103) Id., p. 243.

relacionados con la vida laboral internacional, los --
jueces habrán de recurrir a ese D.I.P. cuyo manteni---
miento ha constituido el "leit motiv" de este trabajo.
Y ello en tanto que, parafraseando a Currie: "Someone
comes up with a better idea". El tal, como el célebre
personaje de Beckett, puede hacerse esperar.

RESUMEN DEL CAPITULO

Confrontada con la realidad, la Teoría General del D.I.P. se muestra, y era el objeto de este - Capítulo perfectamente adecuada. Así, por ejemplo, tras pasa, sin mayores apuros, la compleja área del ámbito del Contrato en la que problemas como el Despido y los Accidentes aparecían casi irresolubles.

En tanto que parte cualificada del marco jurídico en el que alientan sectores como Transportes y Grupos de Empresas, la Teoría General se prueba como ayuda eficaz para solventar, en amplia medida, la problemática de aquellos. Se sale así al paso de las posturas que pretenderían relegarla, sin ofrecer, a cambio, alternativas que no puedan tacharse de mero "Wishful thinking".

CONCLUSIONES

Sintetizando las diversas conclusiones --
extraídas a lo largo del presente estudio, se puede --
avanzar, con alcance general, el que una visión amplia
del D.I.P. y la labor uniformadora de la O.I.T., propi-
cian un conveniente desarrollo del D.L.I. Así fijado --
el marco jurídico, éste ha de completarse, necesaria--
mente, con la asunción a todos los niveles de los pro-
blemas de la vida laboral Internacional. En caso de --
Italia, se ha visto, dió cumplida muestra de los bue--
nos resultados a que puede conducir una tal práctica.
Se obtiene así, tal vez, y ya desde la óptica del D.I.
P., un valioso ejemplo que cotejar con antiguas quere-
llas.

ANEXO I.

ZAGREB.

IV. LES CONFLITS DE LOIS EN MATIERE DE DROIT DU TRAVAIL.

(Seizieme Commission)

Considerant qu'un des traits caracteristiques de notre epoque est le grand nombre de travailleurs employés hors de leur pays d'origine et que l'on assiste notamment a des courants massifs de migration de travailleurs;

Considerant que la mobilité du travail, -- tout en contribuant au rapprochement des peuples, soulève des problèmes d'une gravité accrue qui concernent -- aussi bien les interets privés que ceux de l'Etat d'accueil et de l'Etat d'origine;

Prenant en consideration l'importante contribution apportée par l'Organisation internationale du travail a la solution de ces problemes;

Considerant que, si le problème de la détermination de la loi competente en matiere de contrat de travail a été déjà étudié par l'Institut de Droit International et a fait l'objet de ses Resolutions de Luxembourg en 1937, il y a lieu de reprendre la question;

L'Institut de Droit International soumet à l'approbation des Etats les règles de conflit qui suivent;

Article premier

La capacite a l'effet de conclure un contrat de travail est regie par la loi personnelle des parties et la capacité d'exécuter un certain type de travail par la loi désignée par les articles 3, 4 et 5.

Un contrat de travail conclu par un étranger incapable d'après sa loi personnelle doit être considéré comme valable, si cet étranger est regardé comme capable d'après la loi de l'Etat sur le territoire duquel le contrat a été conclu.

Article 2

Le contrat de travail est valable quant à la forme lorsqu'il est établi en suivant soit la loi désignée par les articles 3, 4 et 5, soit la loi de l'Etat sur le territoire duquel le contrat a été conclu ou la loi nationale commune ou la loi du domicile commun des parties.

Toutefois, les dispositions contenant des exigences particulières de forme qui sont en vigueur dans le pays d'exécution du travail doivent être observées.

Article 3

Sous réserve des articles 4 et 5, la validité intrinsèque, les effets, la rupture et l'expiration des contrats de travail, ainsi que les relations individuelles de travail en général, sont régies par la loi --

du pays ou le travail doit être exécuté.

Article 4

Sous réserve de l'article 5, les lois ci-après sont compétentes dans les situations suivantes:

a) dans les cas où le lieu de l'exécution du travail se trouve sur le territoire de plusieurs -- États ou n'est que de nature transitoire, ainsi que dans les cas où ce lieu n'est soumis à la souveraineté d'aucun État ou ne peut être déterminé: la loi du pays où se trouve le siège social ou le domicile de l'employeur;

b) si la relation de travail est relative à la navigation maritime: la loi du pavillon; et si elle est relative à la navigation fluviale ou aérienne: la loi du pays d'immatriculation du bateau ou de l'aéronef.

Article 5

Lorsqu'une loi étrangère déterminée a été -- expressément ou implicitement désignée par les parties, c'est celle-ci qui est applicable à l'exclusion de celles prévues aux articles 3 et 4.

Article 6

Par loi applicable au sens des dispositions qui précèdent, il faut entendre non seulement les lois et règlements, mais encore, à condition qu'elles soient légalement applicables, les conventions collectives du travail, ainsi que les usages professionnels.

Article 7

Quand le contrat ne s'exécute pas sur le territoire de l'Etat dont la loi le régit, il peut être tenu compte des lois et règlements du lieu d'exécution dont le caractère implique l'application obligatoire à tout travail exécuté sur le territoire.

Article 8

En aucun cas, il n'est fait application des dispositions d'une loi étrangère prévue par les présents articles lorsque leur application est manifestement incompatible avec l'ordre public.

Article 9

Rien dans la présente Résolution ne préjuge le régime juridique des travailleurs employés par les organisations intergouvernementales.

Voeux

L'Institut de Droit international émet, -- d'autre part, les vœux suivants:--

I. Que soit développé le réseau actuel de traites réglant le statut des travailleurs migrants, -- qu'il s'agisse de traites à vocation universelle, tels que les conventions élaborées par l'Organisation internationale du travail, ou de traites régionaux ou bilatéraux.

II. Qu'a defaut meme de tout traite, le principe de non-discrimination entre travailleurs nationaux et etrangers guide dans ce domaine l'attitude des Etats et qu'il inspire la conduite des legislateurs, des administrations et des tribunaux nationaux.

III. Que la condition du travailleur etranger soit reglee en tenant compte des difficultes d'ordre social, familial ou patrimonial causees par l'expatriation.

(3 septembre 1971)

ANEXO II.

WIESBADEN

IV. L'APPLICATION DU DROIT PUBLIC ETRANGER
(Vingtieme Commission)

L'Institut de Droit international,

Considerant la diversite des idees regnant,
d'un systeme juridique a l'autre, quant a la validité,
aux criteres et aux effets, voire à l'existence, de la
distinction entre droit public et droit privé;

Constatant, sur le terrain du droit comparé,
la relativite et le caractere evolutif de cette distinc-
tion, l'interpenetration croissante de ces deux bran-
ches du droit interne, les changements intervenus dans
les faits et dans les idees quant au rôle de l'Etat, no-
tamment dans la reglementation et la protection des in-
terets des individus, et la gestion de l'economie;

Tenant compte des besoins d'une societe in-
ternationale caracterisee a la fois par la diversité ou
la concurrence des legislations, des politiques et des
interêts etatiques et par une aspiration à la collabora-
tion internationale et à la coexistence ou l'harmonisa-
tion des systemes juridiques nationaux;

Desireux de favoriser une juste solution des
questions de conflits de lois, dans le respect des prin-
cipes reconnus du Droit des gens, des interets legitimes

des Etats et des droits ou intérêts de l'individu, solution qui tienne compte aussi des progrès souhaitables de la collaboration internationale;

Ayant egard à l'effet favorable que peut exercer la prise de conscience, en ce domaine, d'une part de la nécessité d'une coopération pacifique et de l'entraide entre Etats, d'autre part de la solidarité particulière qui existe à l'intérieur de groupes d'Etats unis par des liens étroits d'amitié, d'alliance ou d'intégration;

Estimant opportun d'énoncer quelques principes susceptibles de fournir ou de faciliter la solution de certaines questions de conflits de lois mettant en cause le droit public étranger,

Adopte les résolutions suivantes:

A.

I. 1. Le caractère public attribué à une disposition du droit étranger désigné par la règle de conflit de lois ne fait pas obstacle à l'application de cette disposition, sous la réserve fondamentale de l'ordre public.

2. Il en est de même lorsqu'une disposition de droit étranger est la condition d'application d'une autre règle de droit ou qu'il apparait nécessaire de la prendre en considération.

II. Le prétendu principe de l'inapplicabilité a priori du droit public étranger, comme celui de son absolue territorialité, principe invoqué, sinon appliqué, par la jurisprudence et la doctrine de certains pays:

a) n'est fondé sur aucune raison théorique ou pratique valable.

b) fait souvent double emploi avec les principes de l'ordre public,

c) est susceptible d'entraîner des résultats peu souhaitables et peu conformes aux exigences actuelles de la collaboration internationale.

III. Il en est de même, pour des raisons analogues, d'une inapplicabilité a priori de certaines catégories de dispositions de droit public étranger, comme celles qui ne visent pas la protection des intérêts privés mais servent essentiellement les intérêts de l'Etat.

IV. La portée de la règle et des déclarations qui précèdent n'est en rien affectée par le fait que le droit étranger considéré comme public demeure moins fréquemment appliqué pour diverses raisons, et principalement:

a) parce que la question ne se pose pas, en raison de la nature des relations sociales visées dans la règle de conflit de lois, ou de l'objet même de la disposition étrangère, ou

b) parce que la disposition étrangère a une portée limitée au territoire du législateur dont elle émane et que cette limitation est en principe respectée, ou

c) parce que les organes de l'Etat du for - estiment souvent soit qu'ils sont incompétent pour appliquer certaines lois étrangères considérées comme de -- droit public, notamment en rendant un jugement administratif ou constitutif, soit qu'ils n'ont pas à prêter - la main à l'application de telles dispositions à défaut de traités, de réciprocité ou d'une convergence des intérêts économiques ou politiques des Etats auxquels la situation se rattache.

B.

Décide de réserver la question des demandes fondées par une autorité étrangère ou un organisme public étranger sur des dispositions de son droit public et d'en poursuivre la discussion lors d'une session ultérieure.

(11 août 1975)

BIBLIOGRAFIA

- Aguilar Navarro.- Derecho Internacional Privado, V. I y II, Madrid, 1974-6.
- Akehurst.- Introducción al Derecho Internacional, Madrid, 1975.
- Alonso Olea.- D. del Trabajo. Madrid, 1971.
- American Law Institute.- Restatement of the Law. Second, Conflict of Laws, Minnesota, 1971.
- Angulo.- Comentarios al 10 (5). en Comentarios a las Reformas del C. Civil, Madrid, 1977.
- Audinet.- Contrat de Travail et libre circulation des personnes et services dans la C.E.E., D. Social, 1964.
- Baldoni.- Il Contratto di Lavoro nel D.I.P. italiano, en RDI, 1932.
- Balladore-Palmeri.- Diritto Internazionale del Lavoro, en Trattato di Diritto del Lavoro, Padova, 1960.
- Diritto Internazionale Privato -- Italiano, Milano, 1974.
- Ballarino.- La Dottrina Italiana di D.I.P., Comunicazione e Studi, XI.
- N.A.N. e forma degli atti, RDIPP, 1967.
- Costituzione e D.I.P., en D.I., 1971.

- Diritti individuali garantiti dalla Costituzione ed applicazione del D. Straniero - in una recente sentenza tedesca, D.I., 1971.
- Costituzione e D.I.P., Milano, 1974.

Barcellona et alii.- La formación del jurista, Madrid, 1977.

+ Coturri.- El Estado y los Juristas, Barcelona, 1977.

Barile.- I principi Fondamentali della Comunità Statale ed il Coordinamento fra Sistemi, Padova, - 1969.

- Lezioni di D.I.P., Milano, 1975.

Batiffol.- Les Conflits de Lois en matiere de Contrats, Paris, 1938.

- Reflexions sur la Coordination des Systemes Nationaux, en Rec. des Cours, 1967, I, 120.

- Contrats, en Rep. Dalloz, I.

- L'avenir del D.I.P., Rapport al I.D.I. 1973.

- Pluralisme de Methodes en D.I.P., en Rec. - des Cours, 1973, II, 134.

- Projet de Convention C.E.E. sur la loi applicable aux Obligations, en RTDE, 1975.

- + Lagarde.- Droit International Privé, 6 edit. Paris, 1976.

Bayón y Pérez Botija.- Manual de D. del Trabajo, 11 -- edic. Madrid, 1977.

Deitzke.- Les Obligations Delictuelles dans le D.I.P., en Rec. des Cours, 1965, II, 115.

- Bristricky.- La Codification tchecoslovaque en D.I.P.,
en Rec. des Cours, 1968, I, 123.
- Bolard.- Universalisme ou Nationalisme, l'hesitation -
francaise, en A. Suisse de D. International,
1977.
- Boldt et alii.- Le Contrat de Travail dans le Droit --
des Pays Membres de la C.E.C.A., Paris.
- Bourel.- Les conflits de lois en matiere d'obligations
extracontractuelles, Paris, 1961.
- Calleri.- Sulle n.a.n. en materia di lavoro, RDI, 1970.
- Camps.- Los Principios de Norma mas Favorable y de Con-
dición mas Beneficiosa en las Fuentes del D. -
Español del Trabajo, Madrid, 1976.
- Cansacchi.- La legge regolatrice dei rapporti di lavo-
ro svoltosi all'estero, RDIPP, 1968.
- Carbone.- La legge della Bandiera e il diritto del la-
voro in alcune recente decisioni statuniten-
si, RDIPP, 1970.
- Carrillo.- Derecho Internacional Privado. Introducción
a sus Problemas Fundamentales, 2ª ed. Ma-
drid, 1976.
- Castel y Crepeau.- Choice of law in torts. views from
Canada, AJCL, 1971.
- Cavers.- Contemporary Conflicts Law in American Pers-
pective, Rec. des Cours, 1970, III, 131.
- Clerici.- Lavoro Bancario svolto in Argentina e volon-
ta delle parti, RDIPP, 1969.

- Collins.- Interaction Between Contract and Tort, ICLQ, 1967.
- Exemption Clauses, Employment Contracts and the Conflict of Laws, ICLQ, 1972.
 - Contractual Obligations: the E.E.C. Preliminary Draft Convention on P.I.L., ICLQ, 1976.
- Commission Droit et Vie des Affaires.- Les Groupes des Societes, La Haye, 1973.
- Conetti.- Il D.I.P. della Navigazione Marittima in Polonia, RDIPP, 1972.
- Conference de la Haye de D.I.P.- Actes et Documents de la Onzieme Session, T. III, Haye, 1970.
- Conforti.- L'esecuzione delle obbligazioni nel D.I.P., Milano, 1962.
- Corrado.- Trattato di Diritto del Lavoro, Torino, 1963-4.
- Cottrau.- La disciplina del Contratto di Lavoro stipulato in Italia ed eseguito all'estero, en - Diritto del Lavoro, 1967.
- Curti Gialdino.- La volonté des parties en D.I.P., Rec. des Cours, 1972, III, 137.
- Cheshire.- Private International Law, 8 ed. London, -- 1970.
- Deby-Gerard.- Le Role de la Regle de Conflit dans le - Reglement des rapports internationaux, - Paris, 1973.
- De Castro.- Compendio de D. Civil. Introducción y D. - de la Persona, Madrid, 1970.

- De Nova.- Conflits de Lois et normes fixant leur propre domaine d'application, en Melanges Maury, Paris, 1960.
- Ancora sulle norme sostanziale "autolimitate", D.I., 1959.
 - Norme autolimitate e autonomia delle parti, D.I., 1971.
- Delaume.- Choice of Law in Torts, Recent French Decisions, AJCL, 1971.
- Deuxieme Congrès International de D. du Travail.- Actes, Geneve, 1958.
- Dicey-Morris.- The Conflict of Laws, 9 ed., London, -- 1972.
- Diez de Velasco.- Instituciones de D. Int. Público, T. I, 3ª edic. Madrid.
- Dreyfus.- La Memoire et la these de Doctorat en Droit, Paris, 1971.
- Dubois.- Multinational Enterprise and Collective Bargaining, CMLR, 1974.
- Bek.- Peremptory norms in P.I.L., Rec. des Cours, 1973, II, 134.
- Eli-Troclet.- Elementi di diritto sociale europeo, Milano, 1975.
- Ehrenzweig.- A treatise on the Conflict of Laws, Minnepsota, 1962.
- Specific Principles of Private Transnational Law, Rec. des Cours, 1968, II, 124.
 - P.I.L. (General Part), Leyden, 1972.

- + Jayme.- P.I.L., V. III, Leyden, 1977.
- Fedozzi.- De l'efficacite extraterritoriale dans l'etranger des actes et decisions de D. Public,
Rec. des Cours, 1929, II, 27.
- Ferrari-Bravo.- Responsabilita Civile e D.I.P., Napoli,
1973.
- Rapports entre Contrats et Obligations Delictuelles, Rec. des Cours, 1975, III
146.
- Flanagan+Weber.- Bargaining without boundaries, Chicago, 1974.
- Fleming.- Tort liability for work injury, en IECL, V.
XI, Ch. 9.
- Foyer.- L'Avant-projet de Convention C.E.E. sur la loi applicable aux obligations contractuelles et non-contractuelles, J. Clunet, 1976.
- Francescakis.- La theorie du Renvoi, Paris, 1958.
- Quelques precisions sur les "lois application immediate" et leurs rapports avec les regles de Conflit, R.C., 1924.
- Lois d'application immediate et D. du travail, R.C., 1974.
- Freyria.- La notion du conflit de lois en Droit Public,
TCFDIP, 62-64.
- Galiana.- El ambito personal del D. de la emigración,
Madrid, 1975.
- Gamillscheg.- Les Principes de D. du Travail International, R.C. 1961.

- Labour Contracts, IECL, V. III.
- Garofalo.- Disciplina Internazionale privatistica e prassi contrattuale dei rapporti di lavoro in stato di "insulation", RDIPP, 1976.
- Glenn.- La Capacite de la Personne en D.I.P. Francais et Anglais, Paris, 1975.
- Goldman.- Regles de Conflit, Regles d'application Immediate et Regles Materielles dans l'Arbitrage Commercial International, TCFDIP, 1966-69.
- Les domaines d'application territoriale des lois sur la concurrence, Rec. des Cours, -- 1969, III, 128.
- Goldschmidt.- Derecho Internacional Privado del Trabajo, en Tratado de D. del Trabajo, ed De-veali, V. IV.
- Gothot.- Le renouveau de la tendance unilateraliste en D.I.P., R.C. 1971.
- Graulich.- Regles de Conflit et Regles d'application Immediate, en Melanges Dabin, II.
- Graveson.- Conflicts of laws, P.I.L., 7 ed. London, -- 1974.
- Haak.- International Contract Law and the Draft E.E.C. Convention, NILR, 1975.
- Hepple.- Community measures for the protection of workers against dismissals, en CMLR, 1977.
- Holtz.- Rapport a la Assemblée Parlamentaria del Consejo de Europa (28 Secc) Doc. 3762, Strasbourg, 1976.

Institut d'etudes Sociales.- Transnational Labour Relations, London, 1972.

I.D.I. - Session de Luxembourg, V. 39.

- Sess. de Bruxelles, V. 50.

- Sess. de Edimbourg, V. 53.

- Sess. de Zagreb, V. 54.

- Sess. de Wiesbaden, V. 56.

- Sess. de Oslo, V. 57.

I.S.L.E. - Prospettive del D.I.P., Milano, 1968.

Jambu-Merlin.- Voz "Navigation Maritime", en Rep. Dailloz, II.

Jayme.- La Costituzione Tedesca e il D.I.P., RDIPP, -- 1972.

Jessurun d'Oliveira.- I Contract Law, NILR, 1975.

- Characteristic obligations in -- Draft E.E.C. Convention, AJCL, - 1977.

Juenger.- The German Constitutional Court and the Conflict of Laws, AJCL, 1972.

- The conflict statute of the German D. Republic. An Introduction and translation, AJCL, 1977.

Kahn-Freund.- Delictual liability and the Conflict of - Laws, Rec. des Cours, 1968, II, 124.

- Labour and the law, London, 1972.

- La notion anglaise de la "Proper law of the Contract" devant les juges et devant les arbitres, R.C., 1973.

- General Problems of D.I.L., Rec. des ---
Cours, 1974, III, 143.
- Kalensky.- Jus Cogens and the law of International trade, en Essays on the Law of International - trade, Hague, 1976.
- Knapp.- Rapport en Etudes Suisses de D. Europeen, Collo-
que Int. sur le D.I.P. des groupes des Sociétés,
Geneve, 1973.
- Kovats.- Employment Contracts and the Choice of Laws,
JBL, 1973.
- Kegel.- The crise of the Conflict of Laws, Rec. des -
Cours, 1964, II, 112.
- Labrusse.- Droit Constitutionnel et D.I.P. en Allemagne
Federale, R.C., 1974.
- Lagarde.- Examen de l'Avant-Projet C.E.E. sur la loi -
applicable aux obligations contractuelles et
non contractuelles, Rapport al CFDIP, 1971-3.
- Lalive.- D. Public et D. Public Suisse, en Branion Ma-
ridakis, 1964.
- Le D. Public et le DIP, Rapport al CFDIP, ---
1973-75.
- L'Application du D. Public Etranger, Rapport
al I.D.I., Sess de Wiesbaden, V. 56.
- Sur l'application du D. Public Etranger, A.
Suisse de D. International, 1971.
- Lando.- Contracts, IECL, V. III, Ch. 24.
- Lanfranchi.- D.I.P. del Trabajo, Cordoba (arg.), 1955.
- Lasok.- The Polish system of P.I.L., AJCL, 66-67.

- Lipstein.- The Hague Conventions on P.I.L., Public Law and P. Policy, ICLQ, 1959.
- General Principles of P.I.L., Rec. des Cours, 1972, I, 135.
- Louis-Lucas.- La liberté contractuelle dans le D.I.P. Français, en Mélanges Dabin, II, Paris, 1963.
- Loussouarn.- Cours General de D.I.P., Rec. des Cours, 1973, II, 139.
- Lyon-Caen.- La Convention Collective en D.I.P., J. Clu net, 1964.
- + Camerlynck.- Droit du travail, Paris, 1973.
 - Observations sur le licenciement -- dans les groupes des sociétés, R.C. 1974.
 - Droit Social Europeen, Paris, 1976.
- Malintoppi.- Note sulle recente dottrina italiana di D. I.P., Comunicazione e Studi, 52-53.
- Norme de applicazione necessaria in materia di rapporti di lavoro, RDI, 1962.
- Mann.- The Doctrine of Jurisdiction in International Law, Rec. des Cours, 1964, I, 111.
- Conflict of laws and Public Law, Rec. des Cours 1971, I, 132.
 - Statutes and the Conflict of laws, BYBIL, 72-73.
 - The proposed New Law of Exemption Clauses and the Conflict of laws, ICLQ, 1977.
- Marin.- Normas de aplicación necesaria y D.I.P., REDI, 1970.

- Seguridad Social y D.I.P., Ib, 1972.
- Comentario al 10 (6) en A. de Escuela Soc. de Granada, 1977.
- Max Planck Institut.- European Private International Law of Obligations, Tübingen, -- 1975.
- Mayer.- La distinction entre Regles et Decisions et le D.I.P., Paris, 1973.
- Miaja.- Soluciones "sanas" a los conflictos de leyes: "favor negotii" y respeto a los derechos adquiridos, REDI, 1964.
- El Derecho Público Extranjero en el Tráfico Jurídico Internacional, Ib, 1972.
- De la territorialidad de las leyes a la nueva técnica del D.I.P., Valladolid, 1977.
- Mosconi.- La Risoluzione dell'Istituto di D.I. sui conflitti di legge in materia di lavoro, RDI, 1972.
- Müller.- Il trattamento giuridico del lavoro subordinato nelle relazioni italo-tedesche, RDIPP, 1972.
- Nadelmann.- Impresionism and Conflict of Laws: the EEC Draft C. on the law Applicable to Contractual and non-Contractual Obligations, AJCL, 1976.
- North.- Contract as a Tort Defence, ICLQ, 1977.
- Nygh.- Some thoughts on the proper law of a tort, Ib.
- O.I.T.- Empresas Multinacionales y Política Social, Ginebra, 1975.

- Navios en que prevalecen condiciones inferiores a las mínimas, especialmente los registrados bajo bandera de conveniencia, Ginebra, -- 1975-76.
- International principles and guidelines on social policy for multinational enterprises; - their usefulness and feasibility, Ginebra, 1976.
- Multinationals in W. Europe: the industrial - relations experience, Ib.
- Salaries and conditions de travail dans les - entreprises multinationales, Ib.
- Social and labour practices of some European-based multinationals in the Metal Trades, Ib.
- Declaration tripartita de principios sobre -- las empresas multinacionales y la política -- social, Ginebra, 1977.
- Social and labour practices of multinational enterprises in the Petroleum Industry, Ib.
- Social and labour practices of some U.S. based multinationals in the Metal Trades, Ib.

Ortiz-Arce.- Comentario al 10 (6), en Comentarios a -- las Reformas del C.C.L., Madrid, 1977.

Palaia.- L'Ordine Pubblico Internazionale, Padova, 1974.

Panebianco.- Lo Statuto dei Lavoratori Italiani all'Es- tero, Napoli, 1974.

Pastor.- Aspectos Conflictuales y Jurisdiccionales del D.I.P. Español del Trabajo, en Estudios de D. I. Público y Privado, Oviedo, 1970.

- Pau.- I problemi generali del D.I.P. nella recente dottrina italiana, Comunicazione e Studi IV.
- Limiti di applicazione del Diritto Straniero -- nell'Ordinamento Italiano, RDI, 1969.
- Pecourt.- D.I.P., Jurisprudencia Sistematizada y Comentada, Pamplona, 1976.
- Perez-Vera.- Intereses del tráfico jurídico Externo, - Granada, 1973.
- Pinto.- Les pavillons de Complaisance, J. Clunet, --- 1960.
- Piron.- Elements de reflexion pour la solution des conflits de lois en matiere de Droit du Travail, Droit Social, 1966.
- Pocar.- Norme di appl. necessaria in tema di rapporti di lavoro, RDIPP, 1967.
- La legge applicabile ai rapporti di lavoro secondo il Diritto Italiano, Ib, 1972.
- Prosperetti.- La natura delle norme del Diritto del Lavoro Italiano in relazione all'Ordinamento Internazionale, RDIPP, 1972.
- Puente.- Comentarios sobre unas sentencias del Tribunal Constitucional de la R.F.A., en Anuario de Derecho Internacional, II.
- Quadri.- Legge Politiche en D.I.P., en Studi Critici di D.I.P., Milano, 1958.
- Problemi fondamentali del D.I.P. Italiano del Lavoro, Ib.
- Lezioni di D.I.P., Ved, Napoli, 1969.

- Rabel.- The Conflict of Laws, V. III, Chicago, 1950.
- Rajski.- The New Polish P.I.L., ICLQ, 1966.
- Reboul.- Le Contrat de travail en D.I.P., A.A.A., 1964.
- Reese.- Discussion of Major Areas of Choice of Law, Rec. des Cours, 1964, I, 111.
- Remiro.- Comentarios al 10 (6), en Comentario al C.C. y Compilaciones forales, Madrid, 1978.
- Rigaux.- Droit Public et D. Privé dans les Relations Internationales, Paris, 1977.
- Riphagen.- The Relationship between Public and Private Law and the Conflict of Laws, Rec. des Cours 1961, I, 102.
- Rodiere, Pierre.- Le Projet Européen de Règlement Unifome de Conflit de lois en matière de Relations de Travail, RTDE, 1973.
- Rodiere, René.- Droit Privé Maritime International Contemporain, Rec. des Cours, 1972, III, 137.
- Saint-Ann Bartlett.- Employee Rights in Mergers and Take-Overs, E.E.C. Proposals and the American Approach, ICLQ, 1976.
- Saint-Louis Kelly.- Localising Rules and Differing Approaches to the Choice of Law Problems, Ib, 1969.
- Schapiro.- The Interest Approach to Choice of Law, Hague, 1970.
- Simon-Depitre.- Droit du travail et Conflits de Lois, R.C. 1958.

- La loi du 3 janvier 1972 sur le travail -- temporaire et le D.I.P., Ib, 1973.
- Voz, "travail" en Rep. Dalloz, II,
- Skapsky.- Obligations et Commerce Exterieur des Pays socialistes, Rec. des Cours, 1972, II, 136.
- Smit.- Common and Civil Law Rules of in Personam Adjudicatory Authority: An Analysis of Underlying Policies, ICLQ, 1972.
- Smith.- International Employment Contracts, Contracting-Out, Ib.
- Sperduti.- Theorie du D.I.P., Rec. des Cours, 1967, -- III, 122.
- L'Ordine Pubblico in D.I.P., RDI, 1976.
- N.A.N. e Ordine Pubblico, RDIPP, 1976.
- D.I.P. et D. Public Etranger, J.Clunet, 1977.
- Les Lois d'application Necessaire en tant - que Lois d'ordre Public, R.C., 1977.
- Szaszy.- I Conflitti di legge nei rapporti di lavoro: I criteri di collegamento, D.I., 1967.
- International Labour Law, Leyden, 1968.
- Determination of the Applicable Law in Case of Conflict between Statutes of a Public Law Character in Western Literature en Scritti per - Gaspare Ambrosini, V. III, 1970.
- Rapport al I.D.I. Session de Zagreb, V. 54.
- Conflict of Laws in Western, Socialist and -- Devellopping Countries, Leyden, 1974.

- Thomson.- International Employment Contracts. The Scottish Approach, ICLQ, 1974.
- Toubiana.- Le domaine de la loi du contrat en D.I.P., Paris, 1972.
- Université de Droit, d'économie...- L'entreprise multinationale face au Droit, Paris, 1977.
- University of Louvain Law School.- Commercial agency - and distribution agreements and related -- problems of licensing in the Law of the -- E.E.C. Countries, 1970.
- Van der Elst.- L'unification des regles de conflit des lois dans la C.E.E., Foro Italiano, 1973.
- Van Hecke.- Foreign Public Law in the Courts, Revue -- belge de D.I., 1969.
- Principes et Methodes de Solution des Conflits de Lois, Rec. des Cours, 1969, I, -- 126.
- Les travaux de l'IDI sur les conflits de -- lois en matiere de D. du travail, REDI, -- 1972.
- Vida.- International Aspects of Remuneration of Inventions of Employees, en Questions of I. Law, Leyden, 1977.
- Visher.- Antagonism in the field of contracts, en Rec. des Cours, 1974, I, 142.
- Vitta.- Diritto Int. Privato, V. III, Torino, 1975.
- Wengler.- General Principles of P.I.L., Rec. des Cours, 1961, III, 104.

- La Responsabilita per fatto illecito nel --
D.I.P. ricerca di una nuova sistematica, --
Annuario di D. Internazionale, 1966.
- L'immunitè legislative des Contrats multina-
tionales, R.C. 1971.

Wessér.- Convention Communautaire sur la Competence Ju-
diciaire et L'execution des Decisions, Paris,
1975.

Westen+Kerzig.- Marxismo y Democracia, Derecho I, Ma--
drid, 1975.

Yanguas.- Rapport al I.D.I., Sess. de Luxembourg, V.
39.

Zweigert.- D.I.P. et Droit Public, R.C. 1965.

